موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في

القانون المدني

البيع والمقايضة

المواد ٤١٨ - ٤٨٥

المجلد السادس



٩ ش سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت ٣٩٦٠٤٤٣٠ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

{ البيع والمقايضة }

تعريف البيع • تميزه عن غيره من العقود • أركان البيع • البيع بشرط التجربة • البيع بالمذاق • البيع بالتقسيط • الغبن • دراسة تفصيلية لدعوى صحة التعاقد • التزامات البائع والمشترى • ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية • البيع فى مرض الموت • بيع النائب لنفسه • تعريف المقايضة • القواعد التى تخضع لها المقايضة • عدم سريان بعض أحكام البيع على المقايضة

المجلد السادس

(المواد ٤١٨ ـ ٤٨٥)



٩ش سامى البارودي - باب الخلق - القاهرة
☎ : ٣٩٦٠٤٤٣ ٠٢ - ٠٠٢٠٢٣٩٣٨٦١٨ - ٠٠٢

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية
الترقيم الدولى
٢٠٠٦/١٦٧١٤
977 - 400 - 032 - 3



٢٢ ش رشدى عابدين - ٣٩٢٥٣٧٦



فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا

مَا يَنفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الأَرْضِ

صدق الله العظيم

١- البيع بوجه عام

أركان البيـع :

مـادة (٤١٨)

البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شئ أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى .

الشرح

١- تعريف عقد البيع :

عرفت المادة (٤١٨) عقد البيع بأنه عقد يلتزم بـه البـائع أن ينقل للمشترى ملكية شئ أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى.

وكانت المادة ٢٣٥/٣٠٠٠ من التقنين المدنى الملغـى تعـرف البيع بالآتى :

البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شئ للآخـر فـى مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما " .

وتقول مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد أنه :

" أخذ المشروع هذا التعريف عن التقنين المصرى الحالى وعن التقنين اليولونى . ويمتاز عن تعريف التقنين المصـرى بـأمرين : (أولهما) أنه لايقصر البيع على نقل الملكية ، بل يجاوز ذلـك إلـى نقل أى حق مالى آخر . فالبيع قد يقع على حقـوق عينيـة غيـر

الملكية كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، وقد يقع على حقوق شخصية كما فى حوالة الحق إذا كانت فى مقابل مبلغ من النقود .

(والأمر الثانى) أنه يبين أن الثمن لابد أن يكون من النقود، وهذا وصف جوهرى فى الثمن ، يحسن أن يذكر فى التعريف ، لأنه هو الذى يميز بين البيع والمقايضة . و ـذا غير الشريعة الإسلامية ، ففيها أن البيع مبادلة مال بمال ، فيشمل غير البيع المقايضة والصرف "[١] وينتقد بعض الشراح هذا التعريف بأنه لاينبئ عن أهم أثر يترتب على البيع فى القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد مع أن التقنين المدنى الملغى قد نص صراحة على هذا الأثر فى المادتين ١٤٥/٩١ ، ١٤٦/٩٢، كم صت عليه المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى الحالى حيث قضت بأن الالتز نقل الملكية أو أى جق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل [٢].

غير أن هذا النقد مردود من جانب عدد كبير من الشراح ، بأن انتقال الملكية لا يكون – فى الحقيقة- أثرا لعقد البيع نفسه ، وإنما

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٥ .

(٢) الدكتور سليمان مرقس عقد البيع طبعة نادى القضاة ١٩٨٠ ص ٢١- الدكتور عبد المنعم البدراوى عقد البيع فى القانون المدنى الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ٣٦ .

هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذى ينشئه البيع . فأثر العقد- فى جميع الأحوال- هو إنشاء الالتزامات ، ولايمكن أن يكون غير ذلك ، والبيع لايشذ عن هذه القاعدة ، فهو ينشئ دائما التزاما على البائع بنقل الملكية ، وإن كان هذا الالتزام ينفذ بقوة القانون فى صور معينة ، وقد أبرز المشرع بوضوح أن انتقال الملكية من مقومات عقد البيع . أما تنفيذ ذلك فعلا فهو يتوقف على تنفيذ الالتزام الذى قد يتم فور إبرام العقد أو تأخيره إلى وقت لاحق. والتعريف يحدد مقومات العقد ، ولا يطلب منه وضع ميعاد لتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه .

هذا بالإضافة إلى أن الملكية لاتنتقل بمجرد العقد فى جميع الأحوال . فالبيع لاينقل ملكية العقار إلا بعد التسجيل ، ولا ينقل ملكية المنقول المعين بنوعه إلا بعد الإفراز . والصحيح أن البيع ينشئ التزاما بنقل الملكية على عاتق المشترى ، وهذا الالتزام ينفذ تارة بمجرد العقد ، ويتأخر تارة أخرى إلى وقت لاحق على إبرام العقد[1] .

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الرابع المجلد الأول طبعة ١٩٦٠ ص ٢٢ هامش (١)- الدكتور منصور مصطفى منصور البيع والمقايضة والإيجار طبعة١٩٥٦ - ١٩٥٧ ص ١٤ ومابعدها - الدكتور خميس خضر العقود المدنية الكبيرة الطبعة

٢- خصائص عقد البيع :

يتميز البيع بعدة خصائص ، بعضها أساسى كشفت عنه صراحة المادة ٤١٨ مدنى ، وبعضها الآخر فرعى ، يمكن أن يستخلص – ضمنا– من ذلك النص أيضا . وتخلص هذه الخصائص فيما يلى :

(أ) البيع عقد رضائى :

البيع عقد رضائى إذ يكفى لانعقاده– بحسب الأصل– مجرد تراضى الطرفين ، دون حاجة إلى أى إجراء آخر . فهو ليس عقدا شكليا ، إذ لايحتاج انعقاده إلى أى إجراء شكلى ، وهو كذلك ليس عقدا عينيا ، إذ ينعقد دون ما حاجة إلى تسليم المبيع أو دفع الثمن.

ومع ذلك فقد يخرج المشرع على هذا الأصل فى بعض الحالات . ومن أمثلة ذلك حالة البيع الذى يكون فيه الثمن فى صورة إيراد مرتب مدى الحياة حيث يشترط لانعقاده أن يكون كتابة ، وذلك إعمالا لما تشترطه المادة ٧٤٣ مدنى من أن : "العقد الذى يقرر المرتب لايكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا " .

وكذلك بيع السفينة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بإصدار قانون التجارى

الثانية ١٩٨٤ ص ١٢ ومابعدها – الدكتور محمد شكرى سرور شرح أحكام البيع الطبعة الثانية ١٩٩٨ ص١٤ ومابعدها– الدكتور سمير تناغو عقد البيع طبعة ١٩٨٧/١٩٨٨ بند (٥) .

البحرى على أنه : " تقع التصرفات التى يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمى وإلا كانت باطلة " .

ويقصد بالسفينة كل منشأة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل فى الملاحة البحرية ولو لم تهدف إلى الربح (م١/١) ، وعدا الحالات التى ورد بشأنها نص خاص لاتسرى أحكام القانون المذكور على السفن الحربية والسفن التى تخصصها الدولة أو أحد الأشخاص العامة اخدمة عامة أو لأغراض غير تجارية " .

ولايسرى الحكم المتقدم على السفن التى تسير فى نهر النيل أو الترع فبيعها يتم بالطرق العادية[١] .

والبيع عقد رضائى حتى ولو كان واردا على عقار ، فهو ينعقد بمجرد التراضى ، بل ويرتب قبل تسجيله جميع الآثار التى تترتب- عادة – على البيع فى العلاقة بين البائع والمشترى ، بما فى ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه والتزام المشترى بدفع الثمن . والذى يتراخى فقط انتقال الملكية فيه إلى ما بعد حصول التسجيل عملا بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم الشهر العقارى .

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى شرح القانون المدنى فى عقود البيع والحوالة والمقايضة الطبعة الثانية ١٣٥٧ هـ ١٩٣٩ م ص ٤٣ .

ولئن كان هذا التسجيل يقتضى تدوين البيع في محـــرر ، إلا أن الكتابة هنا ليست إلا أداة لإثبات العقد تجعله صالحا للتسجيل . فإذا لم يدون بيع العقار فى محرر، جاز إثباته طبقا للقواعـــد العامـــة ، ويقوم الحكم المثبت له مقام المحرر الذى يصدر من الطرفين مـــن حيث التسجيل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن البيع عقد رضائى لـــم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا بل ينعقـــد بمجـــرد تراضـــى المتبايعين " .

(طعنان رقما ٢٠٦٩ لسنة ٥٧ ق ، ٢٣٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/٢/٢٧)

٢- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التعاقد على البيع يعتبر تاماً وملزماً إذا تلاقت إرادة المتعاقدين على قيام الالتـــزام بـــالبيع ونفاذه وهى ما تقتضى إيجاباً يعبر به المتعاقد الصادر منـــه علـــى وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد يلتزم به المتعاقـــد الآخـــر أن ينتقل إليه ملكية الشئ المبيع مقابل ثمن نقدى وأن يقترن به قبـــول مطابق له يصدر من هذا الأخير أو من ينوب عنه قانونا وأن إثبات عقد البيع بحسبانه عقداً رضائياً يتم بمجرد اتفاق طرفيه فـــلا يلـــزم لانعقاده إفراغ هذا الاتفاق فى محرر مكتوب أو فى شكل رسمى".

(طعنان ٥٣٠، ٥٤٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٩/١٨)

٣- "إن اشتراط التصديق بمعرفة أحد مكاتب التوثيق على توقيع البائع على المحرر المتضمن عقد شراء السيارة كضرورة لنقل ترخيص تسيير السيارة باسم المشترى الجديد وفقا لقانون المرور الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم ٢٩١ لسنة ١٩٧٤ - المنطبق على واقعة الدعوى - لايغير من طبيعة عقد البيع من حيث إنه عقد من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين والتصديق ليس إلا شرطا بقبول المحرر كوسيلة من وسائل إثبات ملكية السيارة الواردة بالمادة ٢٢٧ من اللائحة المذكورة ، وعدم إجرائه لاينال من حدوث البيع وانتقال السيارة بتمامه إلى حيازة المشترى الذى له حق تشغيلها والحصول على أرباحها بما تتوافر به تحقق الواقعة المنشئة للضريبة وهى تحقق الربح سواء تم التصديق على توقيع البائع ونقل ترخيص تسيير السيارة إلى المشترى الجديد من عدمه لأنه العبرة فى شئون الضرائب هى بواقع الأمر ".

(طعن رقم ٢٥٩٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٧/٢/٢٧)

غير أن رضائية البيع ليست من النظام العام . ومن ثم فليس ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن البيع لاينعقد إلا إذا تم فى شكل يتفقان عليه ، كتدوينه فى ورقة رسمية أو عرفية خلال مدة معينة . فى هذه الحالة لن يعتبر العقد - دون استيفاء هذا الشكل-

قد انعقد وذلك إعمالا لإرادة المتعاقدين نفسها اللـــذين يكونـــان قـــد قصدا بالتراضى السابق ، على اتخاذ الشكل المطلـــوب أن يكـــون مجرد مشروع لكل منهما أن يعدل عنه[١] .

(ب) البيع من عقود المعاوضات :

عقد البيع من عقود المعاوضات ، لأن كلا من الطرفين يأخـــذ مقابلا لما يلتزم به . فالمبيع يقابله الثمن .

وقد يكون البيع محددا وقد يكون احتماليا على حسب الأحوال . فبيع شئ معين بثمن معين هو عقد محدد ، سواء كان الثمن يعـــادل قيمة المبيع أو لا يعادلها ، مادام الثمن وقيمة المبيع يمكن تحديدهما وقت البيع .

أما البيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة فهو عقد احتمـــالى، لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذى أعطى ، إلا أنـــه لايستطيع فى ذلك الوقت تحديد القدر الذى أخذ أو سيأخذ ، إذ الثمن لايتحدد قدره النهائى إلا بالموت وهو حادث غير معـــروف وقـــت حصوله .

وتبدو أهمية تحديد كون العقد محددا أو احتماليا من حيث جواز الطعن فيه بالغبن. فالطعن فى العقد على أساس الغبن(م٤٢٥ مدنى)

---

(١) خميس خضر ص ١٨ – محمد شكرى سرور ص ١٧ .

مقصور على العقود المحددة . ولكن يجوز الطعن فى البيع الاحتمالى على أساس الاستغلال ، إذ أن الاستغلال يصح أن يرد فى العقود الاحتمالية وروده فى العقود المحددة ، بل هو يرد فى التبرعات والمعاوضات على السواء [(١)].

(ج)- البيع عقد ملزم للجانبين :

عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين لوجود تقابل بين الالتزامات فيه ، مما يجعل كل طرف فيه دائنا ومدينا فى نفس الوقت ، فالبائع ملزم بطائفة من الالتزامات هى نقل الملكية والتسليم والضمان . والمشترى ملزم على وجه الخصوص بدفع الثمن . وثمة ارتباط بين كل منهما ، ارتباط يجعل كلا منهما سببا لالتزامات الطرف الآخر .

ويترتب على هذا الارتباط أن يكون لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ الطرف الآخر أو يعرض الوفاء بالتزامه (م٢٤٦/١ مدنى) . وكذلك إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخرطلب الفسخ (م١٥٧ مدنى). وإذا استحال على أحدهما تنفيذ التزامه انقضى هذا الالتزام بسبب استحالة التنفيذ ، وانقضى معه الالتزام المقابل له ، أى أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه ، ويكون

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٠ ومابعدها .

المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه قد تحمل تبعة هـذه الاسـتحالة (م١٥٩) [١].

(د) البيع عقد ناقل للملكية :

عقد البيع ينشئ على عاتق البائع التزاما بنقل الملكية كما ذكرنا سلفا. غير أن الملكية فى بعض صور البيع تنتقل بمجرد تمام العقد. كالمنقول المعين بالذات .

أما بالنسبة للعقار ، فأصبحت الملكية لا تنتقل سـواء بالنسـبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل منذ صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ الذى حل محله قانون تنظيم الشهر العقارى رقـم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعمول به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤١- سليمان مرقس ص ٢٤ .

تمييز عقد البيع عن غيره من العقـود

٣ـ البيع والإيجار :

عرفت المادة ٥٥٨ مدنى الإيجار بقولها : " الإيجار عقد يلتـزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معـين مـدة معينة لقاء أجر معلوم " . فبينما يقصد بالبيع نقل الملكيـة أو حـق مالى آخر ، يقصد بالإيجار التمكين من الانتفاع بالشئ المؤجر ، إذ أن البيع ينشئ التزاما بنقل الملكية أو غيرها من الحقوق الماليـة . أما الإيجار فينشئ التزاما بتمكين المستأجر مـن الانتفـاع بـالعين المؤجرة .

وعلى ذلك يتميز الإيجار عن البيع بأنه يقتضى أن يمكن المؤجر المستأجر – فى حدود الشروط التى يتفقان عليها – مـن الانتفـاع بالشئ المؤجر بحيث يكـون المستأجر دائنا للمؤجر لا خلفا له .

غير أن البيع قد يختلط بالإيجار فى بعض الأحوال . والحقيقـة أنه من العسير أن نجد هنا مقياسا سليما يصدق فى جميع الحـالات التى تعرض فيها هذه الصعوبة ، لأن المسألة تتأثر قبل كـل شـئ بظروف الموضوع التى تختلف فى حالة عنها فى أخرى .

ومن هذه الحالات ما يأتى :

(أ) العقد الواقع على حاصلات الشئ أو ثماره :

الحاصلات هى ما يستخرج من الشئ ويقتطع منه بحيث يؤدى تكرار الحصول عليها إلى استنفاذ مادة الشئ بعد مدة معينة .

ومثال ذلك الأحجار والمعادن التى تقتطع من المحاجر أو المناجم .

أما الثمار فهى ما يغله الشئ فى أوقات دورية متقاربة دون أن يترتب على ذلك الانتقاص من مادة الشئ نفسه ، ومثل ذلك ثمار الحدائق أو القمح أو الأذرة.

فإذا كانت الحاصلات هى موضوع العقد ، كنا بصدد بيع ، أما إذا ورد التصرف على الثمار كنا بصدد إيجار ، لأن مقتضى الإيجار أن يمنح المستأجر ريع الأرض مع بقاء أصلها سليما، وهذا ما يحصل فى حالة الثمار دون الحاصلات (١).

---

(١) السنهورى الجزء الرابع ص ٢٧ ومابعدها والجزء السادس المجلد الأول الإيجار والعارية ١٩٨٨ ص ١١ومابعدها – الدكتور حمدى عبد الرحمن عقد الإيجار فى ضوء القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ص٨ ومابعدها – الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى عقد الإيجار الأحكام العامة الجزء الأول ص ٢٠ ومابعدها– الدكتور رمضان أبو السعود عقد الإيجار ١٩٩٢ ص ٦٤ .

وبهذا المعيار أخذت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥١/١٢/٦ فى الطعن رقم ٦٧ لسنة ١٩ق إذ جاء به :

" إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن الطاعن تعاقد مع المطعون عليها " وزارة المالية " على أن يقوم باستغلال النطرون الجاف بمستنقعات منطقتين رسا مزادهما عليه مقابل ثمن معين ، وعلى أن يدفع للمطعون عليها علاوة على هذا الثمن إتاوة بواقع كذا جنيها عن كل طن يستخرج زيادة على ١٥٠٠ طن من المنطقة الأولى وألف من المنطقة الثانية كما استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية أن المطعون عليها لم تتفق مع الطاعن على حد أدنىلكمية النطرون الذى يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذى رسا به المزاد عليه وأن مقدارى الألف والخمسمائة طن والألف طن لم يرد فى أوراق التعاقد إلا لتحديد الإتاوة التى اشترط على الطاعن دفعها فهذا العقد موضوعه محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمرة أو ريعا للمستنقعات المذكورة لكونه جزءا منها لابد من نفاذه يوما ما ، وحقيقته- مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ " المؤجرة " و " الإيجار " و "المستأجر"- أنه عقد بيع للنطرون لا عقد إيجار للمستنقعات والمبيع بموجبه هو عين معينة هى كل النطرون الموجود بالمستنقعات بلا حاجة إلى وزن وثمنه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الإتاوة ، وينبنى على ذلك اعتباره - وفقا للمادة ٢٤٠ من القانون المدنى

القديم – بيعا جزافا ، فهو يقع لازما مهما كان مقدار المبيع أقل مما أمله المشترى " .

والمعيار السابق يغلب أن يكون صحيحا ، ولكنه قد لايصدق فى بعض الحالات ، فقد يبيع صاحب الأرض الثمار الناتجة منها ، والزرع لايزال فى الأرض فيكون العقد بيعا لهذه الثمار لا إيجارا للأرض ويغلب فى هذه الحالة ألا يسلم البائع الأرض للمشترى ولايسلم له إلا الثمار ، وأن تكون مصروفات الزراعة على صاحب الأرض لا على المشترى .

وقد أدى هذا ببعض الشراح إلى القول بمعيار آخر ، أساسه التفرقة بين ما إذا ورد التصرف على كل الثمار التى تنتجها الأرض وبين ما إذا ورد فقط على بعضها ، فإذا كانت الحالة الأولى كنا بصدد إيجار ، كما إذا منح شخص آخر الحق فى أخذ كل أنواع الفاكهة التى تغلها أشجارحديقته ، وإذ كانت الحالة الثانية، كنا بصدد بيع ، كما إذا لم يمنح صاحب الحديقة فى المثال السابق، المتعاقد معه إلا حق أخذ بعض الثمار فقط ، كثمار البرتقال مثلا. وهذا المعيار غير صحيح على إطلاقه إذ لايوجد ثمة ما يمنع من أن يؤجر الشئ على أن تقصر منفعة المستأجر منه على بعض نواحيه دون البعض الآخر ، من غير أن يغير ذلك شيئا من طبيعة الإيجار [١].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٢ .

وقد قال البعض بمعيار ثالث، يقوم على التفرقة بين ما إذا كان مكتسب الثمار يجرى فى الأرض ما يلزم لنضجها وحصادها ، وهنا يكون العقد إيجارا ، وبين ما إذا كان ذلك يقع على عاتق صاحب الأرض ، وهنا يكون العقد بيعا . وهذا المعيار بدوره ليس صحيحا فى كل الأحوال فلو أن من طبيعة الإيجار أن يقع عبء الاستغلال على المستأجر ، إلا أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يبيع شخص لآخر محصول أرضه ويتفق معه على أن يتولى الإنفاق على نضجه وحصاده ، ويخصم ما ينفق فى هذا السبيل من الثمن ، دون أن يغير هذا الانفاق من كون العقد بيعا [١].

---

(١) ومن المعايير التى قيل بها أيضا معيار يقوم أساسه على كيفية الوفاء بالمقابل الذى يلتزم بدفعه مكتسب الثمار . فإذا اتفق على الوفاء بهذا المقابل دفعة واحدة ، كان العقد بيعا ، أما إذا اتفق على الوفاء به على أقساط دورية منتظمة ، كان العقد إيجارا (نقض فرنسى ٣٠ مارس ١٨٦٨ راجع أيضا حمدى عبد الرحمن ص ١٤) .

وواضح أن هذا المعيار ليس صحيحا على إطلاقه ، فإن كانت العادة فى البيع هى أن يدفع الثمن مرة واحدة ، وفى الإيجار أن تدفع الأجرة على أقساط فى أوقات دورية منتظمة ، إلا أنه لايوجد ثمة ما يمنع من الاتفاق على تقسيط الثمن فى البيع ، ولا من الاتفاق على دفع الأجرة فى مستهل الإيجار جملة واحدة (عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٣ هامش (١)- أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٦٧) .

وهناك معيار آخر يقوم على كيفية تحديد المقابل . فإذا حدد هذا المقابل

والحقيقة أن المعايير الثلاثة السابقة وغيرها ما هى إلا معايير تقريبية تغلب أن تتفق مع الحقيقة ، ولكنها من المحتمل أن تخطئ، ولذلك لا مفر من ترك الأمر للقاضى يفصل فى كل حالة على حسب ظروفها ، على أن القاضى ليس حرا فى التكييف الذى يقول به، بل عليه أن يتخذ أساسا له القصد الحقيقى للمتعاقدين دون اعتبار للاسم الذى يضفيانه على اتفاقهم وللقاضى أن يسترشد بالمعايير السابقة ، لا على اعتبار أنها تقطع فى الأمر بالقول الفصل بل على اعتبار أنها تتضمن قرائن ، إن لم تتفق دائما مع القصد الحقيقى للمتعاقدين، إلا أنه يغلب أن تكون فى ذلك صادقة . فهى ترجح أحد الكفتين على الأخرى إلى أن يثبت العكس [1].

فمثلا يعتبر ورود العقد على الحق فى أخذ الحاصلات – وهى

دون أن يكون أساس هذا التحديد كمية الأحجار أو المعادن مثلا التى يستخرجها مكتسبها ، كان العقد إيجارا ، أما إذا دفع المقابل على أساس مبلغ معين للطن من الحديد مثلا ، كان العقد بيعا (نقض فرنسى ٤ أغسطس سنة ١٨٨٦) .

وهذا المعيار وإن كان أبلغ من سابقه فى ترجمة قصد المتعاقدين ، إلا أنه لايصدق دائما ، إذ لايوجد ثمة ما يمنع من أن تحدد الأجرة على أساس ما يأخذه المستأجر من منفعة الشئ دون أن يغير ذلك شيئا من طبيعة الإيجار (عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٣ هامش ١١) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٣ – الدكتور سليمان مرقس عقد الإيجار الطبعة الرابعة ١٩٨٥ ص ٢٥ هامش (١٠) ومابعدها .

غير متجددة – قرينة على أنه بيع ما لم يثبت من طريـــق آخــر أن العاقدين اتجهت إرادتهما إلى الإيجار وآثاره ، وبالعكس من ذلــك يعتبر ورود العقد على الحق فى أخذ ثمار الأرض كلهــا – وهــى متجددة – قرينة على أنه قصد به الإيجار لا البيع [١].

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٧/٢/٢٢ فى الطعن رقم ٣٩١ لسنة ٤٢ ق بأن :

" إذ يبين مما أورده الحكم أن ما استخلصه من عبارات الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه اشتمل على عقدين أحدهما عقد بيع والآخر عقد إيجار وأن كل منهما استوفى أركانه القانونيــة ومســتقل عــن الآخر ورتب على ذلك أنه وقد ثبت أن المشــترية قامــت بتنفيــذ التزامها فى عقد البيع فإنه يتعين على الطاعن – البائع– أن يــوفى بالتزامه فى هذا العقد وليس له أن يتذرع بالدفع بعدم التنفيذ استنادا منه إلى أن المطعون عليها –المشترية– امتنعت عن تنفيذ التزامهــا فى عقد الإيجاربدفع الأجرة ، ذلك أن هذا الالتزام الأخيــر الــذى يدعيه الطاعن إنما هو التزام يفرضه عقد الإيجار ومســتقل عــن الالتزامات المقابلة المترتبة على عقد البيع، وأنه لا مجال للتعرض لهذا الالتزام أو لبحث الإخلال به فى هــذه الــدعوى ، إذ مجالــه

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٠– أنظر المجلد الحادى عشر فى عقــد الإيجــار شرح المادة (٥٥٨) .

التداعى استقلالا ، ولما كان ما خلص إليه الحكم سائغا وليس فيه خروج عن المعنى الظاهر لعبارات الاتفاق سالف الذكر ، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس " .

(ب) البيع الإيجارى :

صورة البيع الإيجارى ما جرى عليه بعض التجار مثل تجار السيارات والأدوات المنزلية والآلات الزراعية من تسليم العميل الشئ بمقتضى عقد يصفه المتعاقدان بأنه إيجار، ويتفقان فيه على أن يدفع المستأجر أجرة كل فترة دورية شهرية مثلا فى مقابل الانتفاع بالشئ ، فإذا تراخى فى دفع قسط من الأقساط استرد المؤجر منه الشئ دون أن يرد إليه شيئا من الأجرة التى حصلها ، أما إذا أوفى بالتزامه حتى نهاية المدة المتفق عليها انتقلت إليه ملكية الشئ المؤجر [١].

---

(١) ويجب التمييز بين هذه الصورة وصورة أخرى يتفق فيها مالك الشئ مع آخر على أن يؤجر له الشئ فى مدة معينة لقاء أجرة تدفع فى أوقات محدودة، وعند نهاية هذه المدة يصبح المستأجر مالكا إذا دفع مبلغا آخر، إذ فى الصورة الأخيرة يوجد لدينا عقدان : عقد إيجار وعقد وعد بالبيع، وينفذ الإيجار فى البداية حتى إذا انتهت مدته وارتضى المستأجر دفع مبلغ جديد يمثل الثمن أصبح مالكا من هذا الوقت فقط ، لأنه فى ذلك الوقت يوجد لدينا عقد جديد هو عقد البيع الذى وعد بإبرامه ، بيد أنه يلزم لكى يقع التكييف السابق صحيحا ، أن يكون المبلغ الجديد الذى

وقد اختلف الفقه والقضاء فى ظل التقنين المدنى القديم حول تكييف العقد فى هذه الصورة وهل هو عقد بيع أم عقد إيجار ؟

وقد ذهبت محكمة النقض فى ظل ذلك التقنين إلى أن تكييف العقد وهل هو بيع أم إيجار يتبع قصد المتعاقدين [1].

ولما صدر التقنين المدنى الحالى أنهى الخلاف حول تكييف

يدفعه المستأجر من الأهمية بحيث تمكن موازنته بقيمة الشئ ، ليتسنى القول بأنه يعتبر ثمنا له ، أما إذا كان هذا المبلغ لايتناسب البتة مع قيمة الشئ غلب أن نكون بصدد صورية اراد المتعاقدان بها إخفاء بيع مؤجل فيه الثمن فى صورة إيجار مقترن بوعد بالبيع (عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٧) .

(١) نقض جنائى ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ١٠٦.

وقد قضت تطبيقا لذلك بتاريخ ١٩٥١/٥/٢٤ فى الطعن رقم ١٤٣ لسنة ١٩ ق بأن :

" متى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن الأول أجر إلى الطاعنين الثانى و الثالث السيارة التى صدمت مورث المطعون عليهم بمقتضى عقد اشترط فيه انتقال ملكية العين المؤجرة إلى المستأجرين بعد دفع كل الأقساط – عقد إيجارة المبيع – وكان الحكم المطعون فيه إذ حمل ذلك الطاعن المسئولية عن الحادث بالتضامن مع الطاعنين الثانى والثالث قد أقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من نصوص العقد من أنه مازال وقت الحادث مالكا للسيارة وله بمقتضى العقد حق الإشراف والرقابة على من كان يقودها إذ ذاك وتسبب بخطئه فى وقوعه، كان هذا الذى أورده الحكم كافيا لحمله ومؤديا إلى ما انتهى إليه ، ومن ثم يكون النعى عليه القصور على غير أساس " .

البيع الإيجارى واعتبره بيعا علق فيه المتعاقدان انتقال الملكية على تمام دفع كامل أقساط الثمن ، إذ نصت المادة ٤٣٠ من التقنين على أن :

" إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع . فإذا كان الثمن يدفع أقساط ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزء منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم يوف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤.

وإذا وفيت الأقساط جميعا ، فإن انتقال الملكية إلى المشترى يعتبر مستندا إلى وقت البيع .

وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد حسم المشروع إشكالا بإيراده هذا النص . فقد جرت العادة أن البيع الذى يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجارا إمعانا من البائع فى ضمان حقه إذ هو بذلك يستوفى الأقساط أجرة لاثمنا ، وإذا ما تصرف المشترى فى المبيع عد هذا منه تبديدا. فأقر المشروع الأمور فى نصابها وسمى الأشياء بأسمائها حتى لو سميت

باسم آخر ، فهذا العقد بيع لا إيجار ، ويعتبر معلقا على شرط واقف هو سداد الأقساط جميعها فإذا ما سددت انتقلت الملكية إلى المشترى منسحبة إلى وقت البيع " [١].

٤ـ البيع والمقايضة :

المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود (م٤٨٢) . فالمقايضة كالبيع من عقود المعاوضة ، ومن عقود التمليك أيضا . ولكنها تفترق عنه فى طبيعة مقابل التمليك ، فعلى حين أن البيع تمليك لمال مقابل ثمن أى مبلغ من النقود ، فإن المقايضة تمليك مال بمال ليس من النقود .

والواقع أن المقايضة هى فى حقيقتها بيع ، إلا أن الثمن قد استبدل به شئ آخر غير النقود ولايفترق البيع عن المقايضة إلا لأن أحد العوضين فيه هو من النقود . ولهذا فقد رأينا أن المقايضة عند فقهاء الشريعة الإسلامية هى من البيع .

---

(١) ويلاحظ أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ قد نظم البيوع التجارية ، ثم صدر بعد ذلك قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩ ووضع بعض الأحكام الخاصة ببعض أنواع البيوع التجارية ومنها البيع بالتقسيط الذى نظمه فى المواد (١٠٥ – ١٠٧)- راجع فى ذلك مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد – المجلد الثانى .

وهذا ما يفسر لنا أن قواعد البيع تنطبق في جملتها على المقايضة .

فقد نظم المشرع البيع تنظيما دقيقا نظرا لأنه أصبح في الأوقات الحاضرة أكثر شيوعا واستعمالا عن المقايضة بعد ظهور النقود وشيوع استعمالها ، ثم أحال إلى هذه الأحكام التي وضعها البيع فيما يخص المقايضة (م٤٨٥) . فالمشرع اعتبر كلا من المتقايضين بائعا للشئ الذي قايض به ، ومشتريا للشئ الذي قايض عليه .

وإنما قد تشتبه المقايضة بالبيع في إحدى حالتين : (الأولى) إذا كان أحد العوضين أوراقا مالية وقيما يسهل تقديرها نقدا بالرجوع إلى كشوف التسعير أو أسعار البورصة . (الثانية) إذا اقترنت المقايضة بمعدل .

ونعرض لهذين الحالتين فيما يلي :

(الحالة الأولى) :

١- المقايضة والبيع في مقابل أوراق مالية أو قيم يسهل تقديرها نقدا :

من الأموال ما يمكن تحويله بسهولة إلى نقود وما يمكن معرفة قيمته نقدا بمجرد معرفة سعر السوق . مثل الأوراق المالية أو السبائك الذهبية ، فإذا كان مقابل نقل الحق في العقد شئ من ذلك فقد انقسم الرأي في تكييف هذا العقد .

فذهب رأى إلى اعتبار العقد فى مثل هذه الحالة بيعا لا مقايضة.

غير أن الرأى السائد يذهب إلى اعتبار العقد مقايضة لأن العبرة هى بطبيعة المقابل وقت العقد(١) .

وقد يكون مقابل نقل الحق دخلا دائما أو إيرادا مرتبا مدى الحياة :

وهذا العقد يختلف عن البيع بثمن يدفع على أقساط فى أن الثمن المقسط يكون محددا فى جملته ويستنزل كل قسط من أصل الثمن بحيث يتم الوفاء بالثمن عندما يبلغ مجموعة الأقساط مقدار الثمن المحدد، وإذا توفى المدين قبل الوفاء بالثمن بأكمله التزم الورثة بباقى الأقساط . أما فى الدخل الدائم (الإيراد المؤبد) أو الإيراد المرتب مدى الحياة فلا يتعين مقدار ما يلتزم به المدين فى جملته ولايحدد فيه إلا القسط الواجب الأداء فى كل فترة وتتجدد الأقساط بتجدد الفترات وينقضى إذا كان مرتبا مدى الحياة بوفاة الملتزم أو الملتزم له بحسب الأحوال . وعلى ذلك فالمقابل ليس هو الأقساط التى تدفع بل هو الحق فى الإيراد ولايتأثر هذا الحق بما يدفع بل يبقى كما هو .

ولهذا ذهب البعض إلى أن المقابل ليس هو الأقساط وإنما الحق فى المرتب وبالتالى يعتبر العقد فى الواقع مقايضة لابيعا . إلا أن

---

(١) السنهورى ص ٢٩ – منصور مصطفى منصور ص ٢٧- محمد شكرى سرور ص ٤٠- خميس خضر ص ٣٥ .

الفقه والقضاء استقرا على اعتباره بيعا ويعتبر المرتب صورة من صور الثمن النقدى كالثمن المقسط [١].

(الحالة الثانية) :

البيع والمقايضة بمعدل :

فى عقد المقابضة إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود ويكون معدلا. إذ تقضى المادة ٤٨٣ مدنى بأن :

" إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا " .

ووجود المعدل فى المقايضة من الأمور الكثيرة الحدوث، ذلك لأنه من النادر ، أن يكون الحالان المراد مبادلتهما متساويين فى القيمة تماما .

والرأى متفق على أنه إذا كان العنصر الغالب فى المعدل هو النقود ، كما إذا بيعت سيارة جديدة بخمسين ألف جنيه على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة قدرت قيمتها بعشرة آلاف جنيه كان العقد بيعا .

---

(١) السنهورى ص ٢٩ – مرقس ص ١٦٥– منصور مصطفى منصور ص ٢٧– الدكتور محمد شكرى سرور ص ٤٠ ومابعدها – خميس خضر ص ٣٥ .

أما إذا كان العنصر الغالب هو غير النقود ، كما إذا استبدلت سيارة بأخرى متقاربين فى القيمة مع دفع معدل من النقود زهيد، فالعقد مقايضة [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا اعتبرت محكمة الاستئناف العقد المتنازع على تكييفه (وهو عقد فيه إعطاء منزل من طرف وإعطاء أطيان من طرف آخر) أنه عقد بيع للمنزل لاعقد بدل فيه لما رأته من أن ذات العقد مصرح فيه أنه عقد بيع للمنزل وعقد بيع للأطيان وأن الثمن المقدر فيه للأطيان مع استنزاله من الثمن المقدر للمنزل يكون الباقى الواجب دفعه نقدا من ثمن المنزل مبلغا كبيرا يزيد على ثمن الأطيان ، وأن العقد الذى يكون بهذه الكيفية التى يزيد فيها ما يدفع من الثمن نقدا عما يدفع منه عينا هو عقد أقرب إلى البيع منه إلى البدل ، فتفسير المحكمة هذا المنتزع من الواقع بغير تشويه وتكييفها لهذا الواقع بأنه عقد بيع لا بدل هو تفسير تملكه وتكييف لا غبار عليه " .

(طعن ٩٧ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٥/٣٠)

---

(١) السنهورى ص ٢٩ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص ٢٨- عبد المنعم البدراوى ص ٧٣ ومابعدها .

٥ـ البيع والهبة :

عرفت المادة ٤٨٦ مدني الهبة في الفقرة الأولى منها بقولها إنها: " عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال دون عوض " . وأضافت في فقرتها الثانية أنه : " يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين " .

فالهبة بحسب الأصل عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض . فعدم وجود العوض هو الذى يميز الهبة عن البيع . ولكن قد تكون الهبة بعوض ، إذ يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين .

وفي الحالة الأخيرة تشتبه الهبة بالبيع

والمتفق عليه في تكييف هذا العقد ، أنه إذا كان العوض نقديا وكانت قيمته مساوية أو مقاربة لقيمة الشئ المملك فإن العقد يعتبر بيعا لا هبة ، إذ لايستقيم القول بتوافر نية التبرع في هذه الحالة[1] .

أما إذا كانت قيمة العوض أقل من قيمة المال المملك ، فإن تكييف هذا العقد يتردد بين وصفين البيع بثمن بخس وهو صحيح لأنه لايشترط في الثمن أن يكون مساويا لقيمة البيع ، أو الهبة

---

(١) الدكتور محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد البيع طبعة ١٩٦٢ ص ١٢- الدكتور إسماعيل غانم مذكرات في العقود المسماة- عقد البيع طبعة ١٩٥٨ ص ٤٢

بعوض، وترجيح أحد الوصفين على الآخر مسألة موضوعية ، تتوقف على ما يستخلصه قاضى الموضوع من ظروف التعاقد ، فإذا أمكنه أن يستخلص توافر نية التبرع كنا بصدد هبة بعوض ، أما إذا لم يستطيع استخلاص هذه النية كان العقد بيعا ، ومن الظروف التى تساعد على القول بتوافر نية التبرع لدى الواهب أن يكون العوض مشترطا لصالح شخص غير الواهب كما لو كان مشترطا لصالح الموهوب له ، أو لصالح شخص أجنبى عن العقد أو للصالح العام [1].

وقد يتخذ البيع ستارا للهبة ، فيذكر فيه عوض على أنه الثمن ، ثم يهب البائع الثمن للمشترى . مثل هذا العقد لاشك فى طبيعته فهو هبة ، مكشوفة . وتسرى عليه أحكام الهبة ، لا من حيث الموضوع فحسب بل أيضا من حيث الشكل . فإذا أتقن الواهب ستر الهبة ولم يذكر أنه وهب الثمن للمشترى بل ذكر أنه قبضه ، فالعقد هبة مستورة ، تسرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع ، ولاتسرى عليه أحكامها من حيث الشكل فلا تشترط فيه الرسمية[2] .

---

(١) السنهورى ص ٢٤ ومابعدها – محمد لبيب شنب ص ١٢ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٢٤ هامش (٣) .

٦ـ البيع والوصية :

الفرق ظاهر بين البيع والوصية. وهو يتجلى فى نواح متعددة .

١- فالخصيصة الأولى لعقد البيع هى اتجاه الإرادة إلى أن يلتزم البائع بنقل الملكية أو الحق المالى ، ولايتحقق ذلك فى الوصية ، فهى ليست ملزمة للموصى ، ولن يترتب عليها أثرها إلا عند وفاته مصرا على وصيته ، فيجوز له فى أى وقت حال حياته أن يرجع فيها . ويترتب على ذلك فرق آخر ، فالبيع عقد تمليك حال الحياة والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت .

٢- والخصيصة الثانية لعقد البيع هى اتجاة الإرادة إلى إلزام المشترى بدفع ثمن نقدى، وهذا لايلزم فى الوصية ، فهى غالبا ما تكون تبرعا لايلزم فيها الموصى له بشئ ما .

٣- وبالإضافة إلى ما تقدم ، فإن البيع عقد لابد فيه من توافق إرادة البائع والمشترى ، أما الوصية فهى تصرف يتم بإرادة منفردة هى إرادة الموصى ، وترتب الوصية أثرها عند وفاة الموصى ولو لم يعلم بها الموصى له ، وإن كانت ترتد برده[١] .

ورغم وجود هذه الفوارق بين البيع والوصية ، إلا أنه قد تصعب التفرقة بين النظامين فى بعض الأحيان ، وذلك عند ما يعمد

---

(١) اسماعيل غانم طبعة ١٩٥٨ ص ٤٣ .

الشخص الذى يرغب حقيقة فى الإيصاء إلى ستر الوصية تحت مظهر عقد بيع بقصد التهرب من الأحكام الآمرة التى تحد من حريته فى الإيصاء وتقصرها على ما لايجاوز ثلث التركة ، فى الوقت الذى يتخذ فيه من الوسائل القانونية ما يعطل عملا أحكام البيع بالنسبة له ، وبالتالى ما يضمن له الاحتفاظ بمزايا الملكية إلى وقت وفاته .

ولما كان تكييف الأفراد لتصرفاتهم لايلزم القاضى ، فإن على محكمة الموضوع أن تتبين إرادة المتصرف الحقيقية وأن تكيف التصرف التكييف القانونى الصحيح ، وهى فى ذلك تخضع لرقابة محكمة النقض فإذا تبين لها أن العقد الذى وصف بأنه بيع قد تضمن شروطا من شأنها تراخى نقل الملكية إلى ما بعد وفاة المتصرف ، وأن نقل الملكية بدون عوض ، أمكن القطع بأن إرادة ذوى الشأن قد أرادت الوصية لا البيع ، وتعين من ثم عليها أن تنزل التصرف منزلة الوصية وأن تجرى عليها أحكامها .

ونظرا لأهمية هذه الحالة ، وكثرة حدوثها فى العمل ، فقد أورد المشرع فى التقنين المدنى الحالى حكما خاصا لها ، أقام بموجبه قرينة قانونية لمصلحة من يدعى أن التصرف وصية ، تعفيه من عبء إثبات قصد الإيصاء ، حيث نص فى المادة ٩١٧ مدنى على أنه : " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت

بحيازته العين التى تصرف فيها، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يقم دليل يخالف ذلك " .

ويبين من هذا النص أنه يشترط لوجود هذه القرينة : أولا : أن يكون التصرف لأحد الورثة . والعبرة فى توافر هذه الصفة للمتصرف إليه أو عدم توافرها هى بوقت وفاة المتصرف . ثانيا: أن يحتفظ المتصرف بأية طريقة كانت ، بحيازة العين التى تصرف فيها . والاحتفاظ بالحيازة هو واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع الطرق . ثالثا : أن يحتفظ المتصرف بحقه فى الانتفاع بالعين مدى حياته ، والمقصود هنا أن يكون الانتفاع حقا للمتصرف بالمعنى القانونى يجبر المتصرف إليه على احترامه ، فلا يكفى من ثم مجرد الانتفاع الفعلى إن لم يكن مستندا إلى مركز قانونى يخول حقا فى هذا الانتفاع .

على أنه يجوز – والأمر يتعلق بقرينة بسيطة – لمن يدعى أن التصرف بيع ، أن ينفى هذه القرينة وذلك بإثبات دفع الثمن وقصد الملكية حال الحياة [1].

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ٩١٧) .

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٤٧ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٣٦ .

٧ـ البيع والمقاولة :

المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر (م٦٤٦ مدنى) . ولاتثور أية صعوبة فى التفرقة بين البيع والمقاولة فى حالة ما إذا اقتصر المقاول على تقديم عمله وتولى رب العمل تقديم المادة التى يستخدمها المقاول فى عمله . ذلك أن الفرق بين العقدين واضح فى هذه الحالة ، فالبيع يرد على الملكية أو الحق المالى ، والمقاولة ترد على العمل . ولكن هناك أحوال يتعهد فيها المقاول بتقديم المادة والعمل معا ، كصانع الأثاث ، يتعهد بتقديم الأخشاب والأقمشة اللازمة وبأن يصنعها أثاثا .

ويتجه الرأى السائد فى هذه الحالة إلى تكييف هذا الاتفاق تكييفا موحدا. بمعنى أن العقد لا يكيف بأنه بيع ومقاولة معا ، وإنما يوصف بأنه بيع أو مقاولة . ويميل الرأى الراجح إلى اعتبار العقد بيع أشياء مستقبلة ، إلا إذا كانت قيمة المواد التى قدمها المقاول ثانوية بالنسبة للعمل الذى يتعهد بالقيام به . فالعقد الذى يتعهد به الخياط بعمل ثوب لعميله عقد مقاولة إذا كان العميل هو الذى قدم القماش ، رغم أن الخياط على أى الأحوال سيقدم الخيوط والأزرار ، إذ أن قيمتها ثانوية بالنسبة لعمله . وعلى العكس يعتبر العقد بيعا إذا كان الخياط هو الذى تعهد بتقديم القماش . وعلى هذا الأساس

يكون العقد الذى يتعهد فيه نجار بصنع أثاث لعميله عقد بيع إذا كان النجار هو الذى تعهد بتقديم المواد اللازمة [١].

٨ـ البيع والوديعة :

تعرف المادة ٧١٨ مدنى الوديعة بأنها : " .. عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئا من آخر ، على أن يتولى حفظ هذا الشئ وعلى أن يرده عينا " . ومن ثم فإنه من اليسير التفرقة بين البيع والوديعة . ومع ذلك فقد تصعب التفرقة بينهما فى بعض الحالات . مثل ذلك أن يودع المؤلف نسخا من كتابه فى مكتبة ليبيعها صاحب المكتبة ، أو أن يودع تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة ليبيعها . ففى هذه الأحوال تكون النسخ أو المجوهرات مودعة عند صاحب المكتبة أو عند تاجر التجزئة ، وهذا إما ليبيعها لحساب صاحبها فيكون وكيلا بالبيع بعد أن كان مودعا عنده ، وهو وكيل بالأجر إذ يتقاضى أجرا معينا على ما يقوم ببيعه . وإما أن يعتبر عندما يجد مشتريا ، أنه هو اشتراها أولا من صاحبها بثمن معين ثم باعها للعميل بثمن أكبر ، والفرق هو مكسبه . والقول بتكييف أو بآخر يتوقف على نية المتعاقدين . وهذه النية يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف الواقع [٢].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٥ ومابعدها – أنور سلطان ص ٣٠ ومابعدها– أنظر فى التفصيل وفى الآراء الأخرى المجلد التاسع عقد المقاولة .

(٢) السنهورى ص ٣١ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " التزام المودع لديه برد الشئ بعينه للمودع عند طلبه شرط أساسى فى وجود عقد الوديعة طبقا لأحكام المادة ٤٨٢ من القانون المدنى ، فإذا انتفى هذا الشرط انتفى معه معنى الوديعة . فإذا سلم قطن لمحلج بموجب إيصالات ذكر بها أنه لايجوز لحاملها طلب القطن عينا ثم تصرف صاحب المحلج فى القطن بدون إذن صاحبه فلا يعتبر ذلك تبديدا معاقبا عليه بالمادة ٢٩٦ عقوبات " .

(طعن رقم ١٤٥٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٣/٢١)

٢-" إذا اشترط فى عقد البيع أن الملكية فى المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشترى فإن وجود المبيع عند المشترى فى فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة فإذا هو تصرف فيه فإنه يكون قد خان الأمانة ويحق عقابه بمقتضى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات" .

(طعن رقم ٣ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٠/١١/٢٥)

٣- " لايشترط فى الوديعة أن يكون التسليم حقيقيا بل يكفى التسليم الاعتبارى إذا كان المودع لديه حائزا للشئ من قبل . فإذا كان الظاهر مما أثبته الحكم أن بيع المنقولات محل الدعوى قد تم وتعين المبيع وانتقلت ملكيته إلى المشترى ولكنه بقى فى حيازة البائع على سبيل الوديعة لإتمام بعض الأعمال فيه ، فإنه إذا ما تصرف البائع فيه بطريق الغش كان مستحقا للعقاب " .

(طعن رقم ١٢ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٠/٣/١٤)

كما قضت الدائرة المدنية بمحكمة النقض بأن :

" إذا كان العقد يتضمن إقرارا بدين مصحوبا بتأمين كمية مـــن القطن أودعها المدين لحساب دائنه لدى تاجر قطن كان اشترى فيما اشتراه من الدائن هذه الكمية ، وذلك على أن يكون لهذا التاجر حق بيع القطن بسعر الكونتراتات والاستداد بدينه على الدائن وفوائده من ثمنه إذا هبط سعره ولم يقم البائع بالتغطية بحسب الصرف المقـــرر لبيع الأطيان بورصة البضائع ، فأن هذا العقد ليس مجرد عقد بيع دنى عادى يكون فيه المودع لديه أو المشترى ملزما بنقل أســـعار القطن شهرا شهرا حتى يأذن له البائع فى بيعه ، وإنما هـــو عقـــد يتضمن تكليف المشترى أو المودع لديه ببيعه إذا لـــم يقـــم البـــائع بالتغطية الواجبة عرفا عند هبوط السعر " .

(طعن رقم ٨ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/٦/٢٢)

٩ـ البيع والوكالة :

عرفت المادة ٦٩٩ من التقنين المدنى الوكالة بقولها : " الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل ". ففى عقد الوكالة يتعهد أحد الطرفين ، وهو الوكيل بأن يقوم بعمـــل قانونى (تصرف قانونى) لحساب الطرف الآخر وهـــو الموكـــل . وليس بشرط فى الوكالة أن يتعهد الوكيل بأن يقوم بالعمل القـــانونى باسم الموكل . فقد يتعهد الوكيل بأن يقوم بالعمل القـــانونى باســـمه

الشخصى ولكن لحساب الموكل ، وتلك هى حالة الوكالة غير النيابية ، أو الاسم المستعار أو المسخر . وهنا تنصرف آثار العمل القانونى إلى الوكيل الذى أبرمه ، على أن يقوم بعد ذلك بنقل ما اكتسب من حقوق إلى الموكل الذى أبرم العمل القانونى لحسابه .

وللتمييز بين البيع والوكالة يجب معرفة ما إذا كان المتسلم قد تملك بمقتضى العقد الأشياء التى تسلمها أم لم يتملكها فإذا كان العقد من شأنه نقل الملكية إلى المتسلم كنا بصدد بيع وإلا كنا بصدد وكالة .

ومع ذلك يثور التردد فى التكييف بين البيع والوكالة فى الحالة التى يسلم فيها شخص لآخر شيئا يملكه ، ويكون مفهوما أن يقوم الطرف الثانى بتصرف قانونى بالنسبة لذلك الشئ بأن يبيعه مثلا . فيثور الشك حول ما إذا كان المقصود هو نقل الملكية بحيث يكون تصرف من أخذ الشئ فى هذا الشئ لحسابه ، ومن ثم يعتبر العقد بيعا ، أم أن المقصود هو أخذ الشئ للتصرف فيه لحساب صاحبه ومن ثم يكون العقد وكالة ، وكثيرا ما يحدث ذلك الفرض فى العمل بين تاجر الجملة وتاجر التجزئة ، فإذا سلم تاجر الجملة بضائعه إلى تاجر التجزئة لكى يبيعها لعملائه ، يثور الشك فى تكييف العقد الذى عقد بين تاجر الجملة وتاجر التجزئة ، بحيث يمكن التساؤل عما إذا كان هذا العقد بيعا تنتقل به الملكية من تاجر الجملة إلى تاجر

التجزئة ، أم كان وكالة بحيث لايعدو تاجر التجزئة أن يكون وكيلا يتعهد ببيع البضائع لحساب تاجر الجملة .

وتكييف عقد ما بأنه بيع أو وكالة له أهمية تظهر بصفة خاصة من الناحية الجنائية ، ذلك أن عقد الوكالة من عقود الأمانة ، ومن ثم توقع على الوكيل المبدد عقوبة خيانة الأمانة . أما البيع فليس من عقود الأمانة .

ويتوقف تكييف العقد على كل شروط التعاقد وهناك شروط من شأنها أن ترجح تكييفا على الآخر .

ونذكر بعض الشروط التى ترجح تكييفا على غيره لأنها وإن لم تكن قاطعة فى الدلالة على ماهية العقد ، إلا أنها مما يغلب أن تصاحبه .

فإذا اتفق على أن يدفع من أخذ الشئ لصاحبه مبلغا محددا بصرف النظر عن الثمن الذى يبيعه به هو وعلى أن يرده إليه إذا لم يتمكن من بيعه فيعتبر العقد بيعا معلقا على شرط فاسخ هو عدم تمكن المشترى من بيع الشئ ، لأنه وإن كان من المتصور أن يكون أجر الوكيل هو الفرق بين ثمن البيع ومبلغ معين بحيث يمكن القول بأننا بصدد وكالة إلا أن الغالب أن يكون أجر الوكيل محددا سلفا أو على الأقل قابلا للتحديد على أساس نسبة معينة من ثمن المبيع بحيث يختلف ما يأخذه كل من الموكل والوكيل بحسب سعر

البيع . ولهذا فإذا اتفق على أن يقوم من تسلم الشئ ببيعه والحصول على نسبة معينة من الثمن فالعقد يعتبر وكالة لأن هذا هو الغالب وإن كان من المتصور أن يكون الثمن في البيع هو نسبة مما يبيع به المشترى .

والغالب ألا يتدخل البائع فى طريقة تصرف المشترى فى البيع وإن كان لايوجد ما يمنع ذلك كأن يشترط عليه أن يبيعبسعر معين، والعكس نجد الغالب أن يحدد الموكل للوكيل السعر الذى يبيع به وإن جاز أن يترك له تحديد السعر . ولذا فتحديد السعر الذى يبيع به من أخذ الشئ يرجح أن يكون العقد وكالة وبالعكس يرجح عدم تحديده أن يكون بيعا (١).

وتختلط الوكالة بالبيع فى حالة الشراء مع الاحتفاظ بحق اختيار الغير ، ويحدث ذلك فى حالة انعقاد بيع بين البائع والمشترى ويتضمن عقد البيع صراحة أن المشترى يحتفظ بحقه فى التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشترى خلالها اسم من اشترى له الصفقة ، فإذ أفصح المشترى الظاهر عن المشترى المستتر فى الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادرا من البائع إلى هذا المشترى المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشترى الظاهر ، والبيع مع حق

---

(١) خميس خضر ص ٣٠ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص ٢٥.

التقرير بالشراء عن الغير وإن لم يرد فيه نص فى التقنين المدنى إلا أنه من الجائز التعامل به [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن تكييف العلاقة القانونية بين المشترى الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشترى المستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير غير جار على إطلاقه ، فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التى تخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تنافرا، فبإسناد ملكية المشتر المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشترى الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين فى ملكية المشترى الظاهر إذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماما . ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبا فى تبرير إسناد ملكية المشترى المستتر إلى عقد البيع الأول - وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير - إلى افتراض وكالة المشترى الظاهر عن الغير إلا أن ذلك ليس إلا مجازا مقصورا على حالة ما إذا أعمل المشترى حقه فى اختيار

---

(١) المستشار السيد خلف محمد عقد البيع فى ضوء الفقه وأحكام القضاء الطبعة الثانية ٢٠٠٠ ص ١٢٥ .

الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع ، أما قبل ذلك أو إذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة " .

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٥٠/٣/٩)

٢- " البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير وإن لم يرد فيه نص فى التقنين المدنى إلا أنه من الجائز التعامل به ، ويجب لإعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط اختيار الغير فى العقد بأن يحتفظ المشترى عند إبرام العقد بحقه فى التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشترى خلالها اسم من اشترى له الصفقة ، فإذا أفصح المشترى الظاهر عن المشترى المستتر فى الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادرا من البائع إلى هذا المشترى المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشترى الظاهر " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٤/١٥)

١٠ـ البيع والقرض بربا :

رأينا أن أهم ما يخصص البيع هو نقل ملكية شئ فى مقابل ثمن . وقد يتبين من واقع الحال أن المتعاقدين لم يقصدا نقل الملكية على سبيل البيع ، بل قصدا تحقيق عقد قرض ، وغالبا ما يكون مثل هذا العقد سائرا لربا فاحش . فإذا بان للقاضى هذا وجب اعتبار العقد بحسب حقيقته وتخفيض الفائدة إلى الحد القانونى .

ومن هذا القبيل مثلا تصرف المشترى فى المبيع قبل قبضه للبائع نفسه ، فمثل هذا البيع يخفى فى الغالب قرضا بربا . كأن يشترى شخص من آخر شيئا بمائتى جنيه مؤجلة لمدة عام ، ثم يبيعه له فى الحال بمائة مقبوضة . ففى هذا الفرض يعتبر البائع مقرضا بربا فهو أقرض المشترى المزعوم مائتى جنيه يستردها منه بعد سنة(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت المحكمة حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافا لظاهره ، قد أقامت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفه إلى القرض لا إلى البيع ، تستخلص هذه النية من ورقة الضد التى عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذى أجرته فى الدعوى والقرائن الأخرى التى أوردتها استخلاصا لم يرد عليه طعن الطاعن فى حكمها ، فيتعين رفض هذا الطعن " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٤/٣)

٩ـ البيع والوفاء بمقابل :

يقترب الوفاء بمقابل من البيع فى الحالات التى ينقل فيها المدين للدائن ملكية شئ فى مقابلة الدين . فهو يشبه البيع فى أنه ينقل الملكية بمقابل . وهو يختلف عنه فى أن هذا المقابل ليس مبلغا من

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٧٩ – أنور سلطان ص ٣٤ ومابعدها .

النقود يدفعه المشترى (وهوهنا الدائن) بل هو هو دين له فى ذمة البائع (المدين) .

وعلى هذا فإن معظم أحكام البيع تنطبق على الوفاء بمقابل .

وعلى هذا نصت المادة ٣٥١ مدنى بقولها: " يسرى على الوفاء بمقابل، فيما إذا كان ينقل ملكية شئ أعطى فى مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين بأحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن الوفاء بالدين بغير النقد قد اختلف فى تكييفه . ففى رأى اعتبر استبدالا للدين بإعطاء شئ فى مقابله . وفى رأى آخر اعتبر كالبيع تسرى عليه جميع أحكامه . ومحكمة النقض ترى أنه فى حقيقته كالبيع إذ تتوافر فيه جميع أركانه ، وهى الرضا والشئ المبيع والثمن . فالشئ الذى أعطى للوفاء يقوم مقام البيع ، والمبلغ الذى أريد الوفاء به يقوم مقام الثمن الذى يتم دفعه فى هذه الحالة بطريق المقاصة ، ومن ثم يجب أن يسرى على هذا النوع من الوفاء جميع أحكام القانون المقررة للبيع " .

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/١٨)

ومفاد ذلك أن الوفاء بمقابل ليس تجديدا للدين بتغير موضوع الدين . فالتجديد يقضى على الالتزام القديم بإنشاء التزام جديد يحله محله ويبقى بعد انقضاء الالتزام الأول ، فى حين أن الوفاء بمقابل يقتضى حصول التنفيذ وقت الاتفاق . فثمة شرط جوهرى لوجو الوفاء بمقابل هو إدلاء الموفى بعوض بأن ينقل إلى الدائن حق الملك فيه ، وليس يكفى على وجه الإطلاق مجرد الالتزام بذلك (١).

ويرى البعض أن اعتبار الوفاء بمقابل بيعا من جميع الوجوه غير سليم . لأن من أحكام البيع مالا ينطبق على الوفاء بمقابل والدليل على ذلك أن المدين الذى يقدم شيئا للدائن فى مقابل دين يعتقد مديونيته به ، على حين أنه دين غير موجود فى الحقيقة والواقع يستطيع أن يسترد الشئ ذاته لانعدام السبب . أما إذا لو حللنا العملية على أنها بيع اتفق فيه على وقوع المقاصة بين دين

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٧٥ ومابعدها – وعكس ذلك السنهورى ص ٣٠ فيرى أن التكييف الصحيح للوفاء بمقابل أنه تجديد بتغيير محل الدين ، فيحل محل الدين الأصلى دين جديد . ويقترن التجديد فى الوقت ذاته بوفاء الدين الجديد عينا بالشئ المعطى فيجمع الوفاء بمقابل بين خصائص التجديد وخصائص الوفاء ، ويسرى عليه أحكام كل منهما. ثم هو فى الوقت ذاته ناقل لملكية الشئ المعطى ، ومن هذه الناحية وحدها أشبه البيع وسرت عليه أحكامه

الثمن ودين البائع (وهو التحليل الذى أخذت به محكمة النقض فى حكمها السابق) فلا يستطيع المدين استرداد الشئ ذاته متى تبين له عدم وجود الدين ، ذلك أن الشئ انتقلت ملكيته بسبب البيع وعلى أساسه، وكل ما يكون للمدين الظاهر هو أن يطالب المشترى بالثمن لعدم إمكان تقاصه مع دين غير موجود . فالثمن لم يدفع ويظل مستحقا للبائع ، ولكن الشئ المبيع يظل حقا للمشترى[١] .

وعلى كل يختلف البيع عن الوفاء بمقابل، من حيث أن البيع عقد قائم بذاته ، على حين أن الوفاء بمقابل يفترض وجود التزام سابق ، ولذا تكون صحة الوفاء بمقابل مرتبطة بوجود هذا الالتزام [٢].

١٢ـ البيع وتقديم حصة فى شركة :

قد يدخل شريك فى شركة مقابل تقديمه حصة عينية فى رأس مال الشركة ، فإذا كانت هذه الحصة ملكية شئ أو حقا عينيا آخر ، فإن الشريك يتخلى نهائيا عن حقوقه على الشئ الذى يصبح ملكا للشركة، كما لو كان الأمر يتعلق ببيع من الشريك إلى الشركة .

والجامع بين الحالتين هو وجود عقد تمليك بمقابل . ولذلك فتقديم الحصة على هذا النحو يشبه البيع من حيث كيفية انتقال الملكية،

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٧٦ .

(٢) أنور سلطان ص ٣٣ ومابعدها

ووسائل العلانية ، فتنطبق أحكام انتقال الملكية فى المبيع منقولا كان أو عقارا ، ويلزم استيفاء إجراءات الشهر المقررة للحقوق العينية العقارية ، وكذلك اتباع الإجراءات المقررة فى النزول عن شهادات الاختراع والمحل التجارى، كما تنطبق أيضا فيما يتعلق بتبعة الهلاك الأحكام الخاصة بالبيع ، وأخيرا يضمن الشريك حصة فى رأس المال ضمان البائع للمبيع ، فتطبق أحكام ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية والعجز فى المقدار [١].

ولذلك نصت المادة ١/٥١١ مدنى على أنه " إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عينى آخر ، فإن أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة إذا هلكت ، أو استحقت ، أو ظهر فيها عيب أو نقص " . ولكن ليس معنى هذا أن جميع أحكام البيع تطبق على تقديم الحصة فى الشركة . فالبيع كما رأينا هو تمليك مقابل ثمن من النقود ، أما هنا فالمقابل هو حق الاشتراك فى الأرباح (إذا حققت الشركة أرباحا بالطبع) ولهذا قضت المحاكم الفرنسية بأن تقديم شهادة اختراع كحصة فى شركة لايعد حوالة حق[٢]. وقضت أيضا بأن تقديم عقار حصة فى شركة لايعتبر

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٧٧ ومابعدها .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ مارس ١٨٦٤ .

إخلالا بوعد بالتفضيل ، ما لم يكن ذلك منطويا على غش [١]، ولاتنطبق عليه قواعد الغبن إذا كان الشئ المقدم عقارا ، وذلك ما لم يكن تقديم الحصة يخفى بيعا ، فعندئذ يعطى العقد وصفه الحقيقى وتنطبق عليه أحكام البيع من جميع الوجوه .

١٣ـ البيع والرهن :

الرهن عقد تأمين عينى ، يراد به ضمان حق الدائن بتخصيص الشئ المرهون للوفاء بحقه (م١٠٣٠ مدنى الواردة فى الرهن الرسمى، م ١٠٩٦ مدنى الواردة فى الرهن الحيازى) .

ولا يختلط الرهن بالبيع العادى ، فالفرق واضح بينهما .

غير أن هذا الفارق قد يدق فى حالة ما إذا اشترط فى البيع أن يكون للبائع فى خلال مدة معينة حق استرداد العين المبيعة فى مقابل رد الثمن الذى دفعه المشترى مضافا إليه مصروفات عقد البيع ومصروفات الاسترداد وما يكون المشترى قد أنفقه على المبيع أثناء وجوده فى يده ، وهذا ما يسمى بيع الوفاء أو البيع الوفائى .

وكثيرا ما يتخذ سبيلا لتحقيق غرض عملى يختلف اختلافا جوهرياعن الأثر المترتب على البيع . فالبائع قد يكون مضطرا إلى بيع ملكه لحاجته إلى نقود ومع ذلك فهو راغب فى استبقائه ، ولذلك

---

(١) نقض فرنسى ٥ مارس ١٩٥١

أجيز – فى ظل القانون المدنى القديم – بمقتضى المادة (٣٣٩) الاتفاق مع المشترى على استرداد المبيع إذا عوضه من الثمن والمصاريف فى الأجل المتفق عليه ، وهكذا يبدو أن بيع الوفاء قريب من القرض برهن ، لأن المشترى يعتبر فى منزلة الدائن بقرض النقود ، والبائع يعد فى منزلة المدين المقترض ، والشئ المبيع بمثابة المال المرهون . ولكن هناك فارقا هاما بين عمليتى البيع الوفائى والرهن ، سببه أن المقرض هنا متمتع بضمانة أوفى إذ تنتقل إليه ملكية الشئ فى حين أن المرتهن لايكسب على العين المرهونة إلا حقا عينيا تبعيا .

ونظرا لهذا التقارب بين بيع الوفاء والقرض برهن فقد أثبت العمل أن كثيرا من عقود بيع الوفاء كانت تنطوى فى الواقع على قرض برهن ، وقد أراد بها أصحابها التخلص من بعض الأحكام القانونية الآمرة الخاصة بسعر الفائدة والرهن . فكثيرا ما كان ينص فى العقد على ثمن أكبر بكثير من الثمن المدفوع فعلا ، ويكون الفرق بين الثمن المسمى فى العقد والثمن الفعلى هو فوائد ربوية يضطر المدين (وهوالبائع) إلى دفعها عند استرداده الشئ . وكثيرا ما كان يقصد المتعاقدان بهذا أيضا التخلص من قاعدة عدم جواز اشتراط تملك المرتهن الشئ المرهون عند عدم الوفاء .

ولمنع هذا التحايل صدر القانون رقم٤٩ لسنة ١٩٢٣ معدلا أحكام المادة ٣٣٩ مدنى قديم ونص على أنه إذا كان الشرط الوفائى مقصودا به إخفاء رهن عقارى فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا .

ثم جاء التقنين المدنى الجديد ونص فى المادة (٤٦٥) منه على أنه : " إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا " . وهذا نص عام يحرم بيع الوفاء فى كافة صورة ، سواء كان محل العقد عقارا أو منقولا ، ودون حاجة لأن يثبت التحايل على القانون ، أو أن المقصود به إخفاء رهن ، بل حتى لو ثبت أنه كان يقصد به البيع حقيقة وثبت انتفاء التحايل [١].

وعلى ذلك لم يعد هناك مجال لإخفاء الرهن تحت ستار عقد البيع، فالبيع المقترن بشرط الاسترداد باطل قانونا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، ولايلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع بل يجوز إثباته فى ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع ".

---

(١) اسماعيل غانم ص٣٧ ومابعدها-عبد المنعم البدراوى ص٧٩ ومابعدها .

(ب)- " استظهار شرط المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع فى استرداد المبيع فى بيع الوفاء، يعتبر من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٧٨٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٥)

٢- " مفاد المادة ١٠٥٢ من القانون المدنى أن اتفاق الراهن مع الدائن المرتهن على تملك هذا الأخير العقار المرهون إذا لم يتم الوفاء بالدين يقع باطلا متى أبرم هذا الاتفاق وقت إنشاء الرهن أو قبل حلول أجل الدين ، أما بعد حلول الدين أو قسط منه فإنه يجوز للراهن أن ينزل للدائن عن العقار المرهون ويكون هذا التصرف بيعا صحيحا سواء كان الثمن هو ذات الدين أو ما يزيد أو يقل عنه".

(طعن رقم ١٣٤٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٤/١٥)

(أركان عقد البيع)

١٤ـ تعداد :

لعقد البيع ككل عقد أركان ثلاثة طبقا للقواعد العامة هي : الرضاء (أو التراضي) والمحل والسبب [١].

فإذا انعدم ركن من هذه الأركان لاينعقد العقد ، بل يكون باطلا بطلانا مطلقا . وكذلك يكون باطلا إذا اختل شرط من شروط هذه الأركان ، إذ الرضاء يشترط فيه التمييز وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما ، والسبب يشترط فيه المشروعية ، والمحل يشترط فيه الإمكان والمشروعية .

---

(١) يرى أكثر الشراح أن الرضا هو وحده محل العقد ، أما المحل والسبب فهما ركنان في الالتزام لا في العقد . ومع هذا يسيرون على دراسة المحل والسبب في العقد كما جرى الاصطلاح على اعتبارهما من أركانه. ويبررون هذا المسلك من الناحية العملية بأن العقد إنما يقصد إليه لما ينشئ من التزامات وكل التزام لابد فيه من محل وسبب كما أن بحث الشروط التي يتطلبها القانون في المحل لايكون إلا في الالتزام الناشئ عن عقد أما السبب فهو ليس ركنا إلا في الالتزام التعاقدي ، ومن الناحية العملية فإن المحل والسبب متصلان أوثق اتصال بالإرادة وبالتالي بالتراضي الذي هو ركن العقد لأن الإرادة لاتصدر إلا مقررة لمحل التعاقد عارفة سببه (السنهوري ص ١٩٠- منصور مصطفى منصور ص ٣٩ هامش (١) - في هذا المعنى اسماعيل غانم ص ٥٥- سليمان مرقس ص ٥٠ .

وهناك شروط صحة يجب توافرها فى الرضاء ، فيشترط أن يكون المتعاقد أهلا للتعاقد ، وألا يشوب رضاءه عيب من عيوب الرضاء ، فإذا كان ناقص الأهلية أو شاب رضاءه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال كان العقد باطلا بطلانا نسبيا أى قابلا للإبطال (١).

وتنطبق هذه القواعد العامة جميعا على عقد البيع ولايختص تطبيقها عليه بأحكام خاصة إلا فى القليل النادر ، ولذا ستقتصر دراستنا لعقد البيع على هذه الأحكام الخاصة ، ونحيل فى القواعد العامة إلى شرح المواد (٨٩ ومابعدها) .

أولاً : الرضاء

١٥- تطبيق القواعد العامة :

لم يضع المشرع قاعدة خاصة بالرضاء (أو التراضى) فى عقد البيع اكتفاء بالقواعد العامة . وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد المادة ٨٩ تنص على أن : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد " .

---

(١) الدكتور محمد كامل مرسى العقود المسماة – الجزء السادس – عقد البيع وعقد المقايضة ١٣٧٣هـ – ١٩٥٣ ص ٣٢ – اسماعيل غانم ص ٥٢ ومابعدها .

ولم يقرر المشرع أوضاعا معينة لانعقاد البيع بالذات ، سوى بعض الأوضاع القليلة والتى ورد بشأنها نص فى القانون . وسنعرض لأهمها فى البند التالى .

ويفترض التراضى – طبقا للقواعد العامة – تلاقى القبول بالإيجاب وتطابقهما ولابد فى البيع حتى يتطابق الإيجاب والقبول أن تتوافر عدة عناصر .

وقد كانت المادة ٥٥٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد تنص على أن : " يتم البيع برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء . وباتفاقهما على المبيع والثمن " . ونص هذه المادة مأخوذ عن التقنين المدنى القديم حيث كان ينص فى المادة ٣٠١/٢٣٦ على أنه : " لايتم البيع إلا إذا كان برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء باتفاقهما على المبيع وثمنه " . غير أن نص المشروع التمهيدى حذف فى لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة ، فيجب أن تتجه إرادة كل من البائع والمشترى إلى البيع دون أى عقد آخر ، ويجب أن يتفق المتعاقدان على الشئ المبيع ، فلو كان للبائع منزلان وعرض على المشترى أن يبيعه أحدهما فظن أنه يبيع المنزل الآخر فقبل شراءه لاينعقد البيع . ويجب أن يتراضى الطرفان على الثمن . أما باقى شروط العقد كمعياد دفع الثمن ومحله ، وميعاد التسليم ومكانه . فقد تكفل القانون ببيانها عند سكوت المتعاقدين عنها ، ومن ثم يكفى لكى ينعقد البيع تراضى الطرفين على البيع والمبيع والثمن .

١٦ـ بعض الأوضاع الخاصة لانعقاد البيوع التى نص عليها القانون :

ذكرنا سلفا أن انعقاد البيع يخضع للقواعد العامة في التقنين المدنى ، ولذا أحلنا فى كيفية انعقاد البيع إلى هذه القواعد . وإن كان المشرع مع ذلك نص على أوضاع معينة لانعقاد بعض البيوع تخالف القواعد العامة . ونعرض هنا لأهم هذه البيوع .

١- البيوع التى ترد على السفن البحرية :

تنص المادة (١١) من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بإصدار قانون التجارة البحرى على أن : " ١- تقع التصرفات التى يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمى وإلا كانت باطلة .

٢- فإذا وقعت هذه التصرفات فى بلد أجنبى وجب تحريرها أمام قنصل جمهورية مصر العربية فى هذا البلد وعند عدم وجوده تكون أمام الموظف المحلى المختص .

٣- ولاتكون التصرفات المشار إليها فى الفقرة السابقة نافذة بالنسبة إلى الغير ما لم يتم شهرها بناء على طلب ذوى الشأن فى سجل السفينة المحفوظ بمكتب التسجيل المختص ، وتكون مرتبة التسجيل حسب أسبقية القيد فى هذا السجل " .

وقد عرفت المادة الأولى من القانون السفينة بأنها كل منشأة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل فى الملاحة البحرية ولو لم تهدف إلى الربح .

وتعتبر ملحقات السفينة اللازمة لاستغلالها جزءا منها .

٢- حالة ما إذا اشترط أن يكون ثمن المبيع إيرادا مرتبا لمدى الحياة :

تنص المادة ٧٤٣ مدنى على أن : " العقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا ، وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع " .

ومعنى ذلك أن العقد الذى يقرر المرتب لا ينعقد إلا إذا تم بورقة مكتوبة .

والكتابة هنا ركن للانعقاد لا مجرد طريقة للإثبات. وقد اشترط القانون الكتابة لأن العقد مقرر له البقاء مدى حياة إنسان ما ، وقد تطول ، فوجب أن يكون مكتوبا . فإذا كان العقد المقرر للإيراد هبة وجب أن تكون بورقة رسمية طبقا لقواعد الهبة . أما إذا كان بيعا فيكفى المحرر العرفى .

ويضاف إلى القيود الواردة على انعقاد والبيع اشتراط عدم وجود نص يحرمه ، فالمشرع - على خلاف القواعد العامة - يحرم بعض أنواع البيوع وهى بيع الوفاء (م٤٦٥) وبيع الحقوق المتنازع عليها لعمال القضاء إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها (م٤٧١) وبيع الحقوق المتنازع فيها إلى المحامين الذين يتولون الدفاع عنها (م٤٧٢).

أما جواز الاتفاق على أن البيع لاينعقد إلا إذا اتخذ شكلا معينا فليس استثناء على رضائية البيع ، وإنما هو نتيجة طبيعية لطبيعة قاعدة الرضائية فهى مكملة لإرادة المتعاقدين [1].

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٣٨ هامش (٢) .

١٧- شروط صحة الرضاء بالبيع :

طبقا للقواعد العامة يشترط فى الرضاء أن يكون صادرا من شخص ذى أهلية لإصداره ، وأن يكون خاليا من عيوب الإرادة (أو عيوب الرضاء) وهى الغلط (١٢٢) والتدليس (١٢٥) والإكراه (١٢٧) والاستغلال (م١٢٩) .

وليس فى عيوب الإرادة ما يخص البيع فيتبع بشأنها القواعد العامة فى النظرية العامة للعقد . هذا مع مراعاة أن للغبن أحكام خاصة فى عقد البيع نص عليها المشرع فى المواد (٤٢٥ إلى ٤٢٧ مدنى) سنعرض لها فى موضعها .

واستثناء من القواعد العامة ، يشترط المشرع فى صحة رضاء المشترى، وبالتالى فى صحة البيع، أن يكون المشترى عالما بالمبيع وإلا كان له حق طلب إبطال البيع وسنعرض لذلك عند شرح المادة (٤١٩). أما الأهلية الأزمة للتراضى سنعرض لها فيما يلى .

الأهليـة اللازمـة للتراضى :

١٨- أهلية التصرف :

الأهلية اللازمة للتراضى سواء بالنسبة للبائع أو المشترى هى أهلية التصرف، لأن البيع والشراء من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

وتثبت الأهلية الكاملة ببلوغ الشخص سن الرشد متمتعا بقواه الفعلية ولم يحجر عليه . وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (م٤٤ مدنى) .

والعبرة فى توافر الأهلية ، هى بوقت العقد ولا أثر لما يصيب أهلية البائع أو المشترى بعد انعقاد العقد . وعلى هذا إذا باشر البيع الصبى المميز أو المحجور عليه للسفه أو الغفلة ، فالعقد ينعقد قابلا للإبطال لتخلف الأهلية ، وهى شرط لصحة العقد .

أما إذا باشر العقد الصبى غير المميز أو المحجور عليه لجنون أو لعته فالعقد لاينعقد أصلا لانعدام الإرادة .

استثناءات على وجوب توافر أهلية التصرف :

١٩- (أ) أهلية القاصر فى الشراء والبيع فى بعض الحالات :

إذا كان الأصل كما رأينا أن تشترط أهلية التصرف فى كل من البائع والمشترى بحيث يكون كل منهما رشيدا لم يحكم باستمرار الولاية أو توقيع الحجر عليه ، فهناك عدة حالات يكتفى فيها المشرع ببلوغ الشخص سن التمييز دون بلوغ سن الرشد لتوافر أهلية البيع والشراء . وهذه الحالات هى :

١- ما تنص عليه المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال من أنه : للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط " .

والمستفاد من هذا النص أن القاصر المميز أيا كان سنه – متى وضع تحت تصرفه مال للإنفاق منه على نفسه ، كانت لـــه أهليـــة التصرف كاملة فى هذا المال . ومن ثم يجوز للقاصـــر أن يشـــترى بالنقود التى تسلم له لأغراض نفقته ما يلزمه من حاجيات ، ويّجوز له أن يبيع المال إذا لم يكن نقودا ليحصل منه علـــى نقـــود . وإذا اشترى القاصر بالنقود التى تسلمَ له شيئا كان لـــه أن يبيعـــه لأنـــه استبدل فى ذمته بمال له أهلية التصرف فيه .

وإذا كان هذا النص لايتناول فـــى لفظـــه إلا القاصـــر، إلا أن البعض يرى – بحق – أنه يتناول فى فحواه المحجور عليه للســـفه أو الغفلة بل يمكن أن تكون دلالته على ذلك من باب أولى فيكفى أن نتصور شخصا متقدما فى السن محجورا عليه للسفه ولايدل مظهره على نقص الأهلية ليتضح أن تقدير أهليته فى التصرف لما يعطـــى له لنفقته أولىٰ من أهلية الصبى [(١)].

٢- ما تنص عليه المادة ٦٣ من المرسوم بقانون بأحكام الولاية على المال من أنه : " يكون للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهـــلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيـــره ، ولايجـــوز أن

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٧٧ – وعكس ذلك سليمان مـــرقس ص ٢٤١ فيرى أن القانون قد حض القاصر بهذا الحكم ولـــم يـــنص علـــى سريانه على المحجور عليه لسفه أو غفلة كما فعل بالنسبة إلـــى حكـــم القاصر المأذون له فى تسلم أمواله وإدارتها .

يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته ". ويخلص من ذلك أنه يكون للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة ، أهلية التصرف فى كسب عمله ، فيجوز له أن يشترى ما يشاء بكسب عمله ، ويقع شراؤه صحيحا مادام لايلتزم فيه بأكثر مما يكسبه من عمله وإذا اشترى شيئا من ذلك جاز له أن يبيعه .

٣- ما تنص عليه المادة ١١٢ من التقنين المدنى على أنه : "إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة صحيحة فى الحدود التى يرسمها القانون " . والقانون الذى يطبق هنا ، هو المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال.

وقد أجازت المادة ٥٤ من هذا المرسوم بقانون للولى أن يأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها .

وأجازت المادة ٥٥ من ذات المرسوم بقانون للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن له فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . والإذن الصادر للقاصر المأذون سواء من الولى أو من المحكمة يخوله أهلية التصرف بالبيع والشراء فيما تقتضيه الإدارة ، كبيع الحاصلات الناتجة من الأرض التى يديرها وشراء ما يلزم للزراعة من بذور وأدوات .

كما خولت الفقرة الثانية من المادة ٥٦ من المرسوم بقانون للقاصر المأذون بالإدارة أهلية التصرف بالبيع والشراء فى صافى دخله بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا .

ويسرى ذلك على المحجور عليه للسفه أو الغفلة إذا أذنته المحكمة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . إذ تنص المادة ٦٧ من المرسوم بقانون على أنه : " يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون " (١)

٤- ما تنص عليه المادة ٦٠ من المرسوم بقانون من أنه : "إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال ، كان ذلك إذنا له فى التصرف فى المهر والنفقة ، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق " . ويبين من هذا النص أنه إذا أذنت المحكمة فى زواج قاصر . فإن هذا الإذن يتضمن إذنا فى أن يتصرف الزوج فى المهر بإعطائه لزوجته وفى أن يتصرف فى ماله للنفقة على زوجته ، ويتضمن إذنا فى أن تتصرف الزوجة فى

---

(١) السنهورى ص ١١١- خميس خضر ٥٠ ومابعدها- منصور مصطفى منصور ص ٧٧ .

المهر الذى تأخذه من زوجها فتكون لها الأهلية الكاملة بالرغم من قصرها فى أن تشترى جهازها من هذا المهر [١]. وهذا كله ما لم تقرر المحكمة غيره عند الإذن فى الزواج ، أو فى قرار لاحق لهذا الإذن . والقاضى لا يأذن بالزواج إلا إذا بلغ سن القاصر ثمانى عشرة سنة ، وسن القاصرة ست عشرة سنة .

٥- ما تنص عليه المادة ٥٧ من المرسوم بقانون من أنه : "لايجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك إذنا مطلقا أو مقيدا " .

فإذا صدر هذا الإذن كان للقاصر الأهلية الكاملة للبيع والشراء فيما يتعلق بالتجارة المأذون له فيها .

٢٠- سلطة الولى فى البيع :

تنص المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أنه : " لايجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة .

ولايجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من

---

(١) السنهورى ص ١١٢ – مزقس ص ٢٤٢ .

شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة " .

وتنص المادة السادسة على أنه : " لايجوز للأب أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولايجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه " .

وتنص المادة ١٥ على أنه : " لايجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها " .

ويبين من هذه النصوص – بصدد سلطة الولى فى بيع مال القاصر – ما يأتى :

١- يجوز للولى (الأب) بيع منقولات القاصر أيا كانت قيمتها دون إذن من المحكمة .

كما يجوز له بيع العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا لم تزد قيمتها على ثلثمائة جنيه بدون إذن المحكمة .

ونص المادة (٧) الذى أتى بهذا الحكم – فى واقع الأمر – غير منشئ لسلطة معينة للولى الأب وإنما هو نص مقيد لسلطة مقررة فعلا ، ذلك أن الأصل هو إطلاق يد الولى الأب فى التصرف إلا أنه رؤى تقييد هذا الحق حماية للصغير ، والسلطة المقررة للولى الأب نصت عليها المادة الرابعة من المرسوم بقانون

بأحكام الولاية على المال بقولها : " يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون ".

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون المذكور ما يأتى:

" ويلاحظ أنه لم يقصد من الأحكام استحداث قيد على سلطة الولى بقدر ما قصد منها إلى تدبير إجراء وقائى أصله مستقر فى أحكام الشريعة الإسلامية والمشروع الراهن ... الخ " [١].

٢- لايجوز للأب أن يتصرف فى عقار القاصر - أيا كانت قيمته - لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة .

٣- لايجوز للجد بغير إذن المحكمة بيع أموال القاصر أيا كان نوعها عقارات أو منقولات أو أوراق مالية وأيا كانت قيمتها إلا بإذن المحكمة .

٤- لاتسرى القيود السابقة على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا (م١٣) .

---

(١) راجع أيضا المستشار محمد كمال حمدى الولاية على المال الجزء الأول- الأحكام الموضوعية الطبعة الأولى ١٩٦٣ ص ٤٣ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا أورد المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الذى نظم أحكام الولاية على المال فى المواد ٦، ٧، ٨ ، ٩، ١٠، ١١ قيودا يرد بعضها على حق الولى فى التصرف فى مال القاصر ويرد البعض الآخر على حقه فى إدارة هذا المال وذلك حماية لمصالح الصغير ، وكانت المادة السادسة قد نصت على أنه " لايجوز للولى أن يتصرف فى عقار للقاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولايجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه " ونصت المادة الثالثة عشرة على أنه "لاتسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ولايلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال " وكان قد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا المرسوم بقانون تعليقا على هذه المادة أنه "قد رؤى من الإسراف إخضاع الولى للقيود المتقدم ذكرها فيما يتعلق بالتصرف فى المال الذى يكون الولى نفسه قد تبرع به للقاصر سواء أكان التبرع سافرا أم مستترا فنصت المادة الثالثة عشرة على أن القيود المنصوص عليها فى هذا القانون لاتسرى على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التصرف أو مستترا وأن الأب لايلزم بتقديم حساب عن هذا المال والمقصود بهذا النص إعفاء الولى من إجراءات الحصول

على إذن من المحكمة حيث تشترط الإذن لجواز التصرف وإعفائه كذلك من الأحكام الخاصة بـالالتزام بـالجرد وبتقـديم الحسـاب والمسئولية عند التجهيل " وإذ ورد نص المادة الثالثة عشرة سـالف البيان عاما مطلقا من أى تحديد ولم يخصص القيود التى نص على عدمسريانها ولم يقصرهاعلى قيود الإشرافوالرقابة وأعفى الأب- على ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى تفسيرها هذا النص- مـن الالتزام بتقديم الحساب ومن الالتزام بالجرد فى الحالة التى يكـون فيها المال قد آل إلى القاصر بطريق التبرع من أبيه، فإن مفاد ذلك كله أن جميع القيود الواردة فى المرسوم بقانون رقـم ١١٩ لسـنة ١٩٥٢ على حق الولى فى التصرف فى مال القاصر أو فـى إدارة هذا المال سواء كانت هذه القيود قيود إشراف ورقابة أو قيود حظر موضوعية لاتسرى على ما يكون الولى الأب قد تبرع به من مـال للقاصر صريحا كان هذا التبرع أو مستترا ويكون للولى التصـرف فى هذا المال بجميع التصرفات ومنها رهنه فى دين علـى الـولى نفسه وذلك دون أى قيد على سلطته فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ٥١٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٣١)

٢- " إن المادة ١٣من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسـنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال إذ نصت علـى أنـه " لاتسـرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل إلى القاصر من

مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ، ولايلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال " فقد دلت على إعفاء الولى الشرعى من كافة القيود الواردة فى القانون سواء كانت قيود حظر موضوعية أو قيود متعلقة بالإدارة أو التصرف بالنسبة للمال الذى آل منه للقاصر بطريق التبرع فيعفى من إجراءات الحصول على إذن من المحكمة حيث يشترط الإذن لجواز التصرف كما يعفى من الأحكام الخاصة بالالتزام بالجرد وبتقديم الحساب " .

(طعن رقم ٩٥٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٩)

٥- لايدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك (م٣) .

٢١ـ سلطة الوصى فى البيع :

لايجوز للوصى بيع مال القاصر سواء كان منقولا أو عقارا أو أوراقا مالية أيا كانت قيمة المال ، إلا بإذن من المحكمة – ما عدا بيع المنقول أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية التى تتعلق بأعمال الإدارة – فقد نصت المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على الماا ، على أنه : " لايجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة .

(أولاً) جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله .

وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

(ثانيا) التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة .

ثالثا : .... الخ ".

ويسرى ما تقدم على القامة على المحجور عليهم وذلك عملا بالمادة ٧٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ التى تجرى على أن : " يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء " .

٢٢- جزاء صدور البيع من الولى أو الوصى دون إذن من المحكمة :

ذهبت محكمة النقض إلى أن البيع الذى يصدر من الوصى لمال من أموال القاصر دون إذن المحكمة لايكون باطلا بل يكون قابلا للإبطال .

ويسرى ذلك على البيع الذى يصدر من الولى (الجد) والولى (الأب) فى الحالات التى يوجب فيها القانون استئذان المحكمة .

كما يسرى على البيع الذى يصدر من القيم .

فقد ذهبت إلى أن :

" ليس من الدفوع المتعلقة بالنظام العام الدفع ببطلان إقرار الوصى بدين على المورث بدون إذن من المجلس الحسبى أو

ببطلان أى تصرف من التصرفات الوارد ذكرها فى المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية المفروض على الأوصياء أن يستأذنوا المجلس قبل مباشرتها . ذلك بأن عدم الاستئذان لايجعل تلك التصرفات باطلة بطلانا جوهريا ، بل يجعلها باطلة بطلانا نسبيا تلحقها الإجازة فتصححها . أما التصرفات التى تقع باطلة بطلانا جوهريا فلا يصححها الإذن ابتداء ، ولا الإجازة اللاحقة فتلك هى التصرفات الوارد ذكرها فى المادة ٢٢ من ذلك القانون ".

(طعن رقم ١٣ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٦/١٦) (١)

---

(١) وعكس ذلك أنور سلطان ص ٩٥ – عبد المنعم البدراوى ص ١٧٦- فيذهب الدكتور أنور سلطان إلى أنه يعاب على هذا القضاء أن أسباب البطلان النسبى محدودة ولايتوافر أحدها فى البيع الصادر من الوصى بدون إذن من المحكمة الحسبية (محكمة الأسرة الآن) وأنه لايمكن قياس هذا البيع على حالة بيع ملك الغير لأن الوصى لا يدعى ملكية المبيع، ولذلك يرى أن المنطق السليم يقضى بالقول بعدم انعقاد البيع فى هذه الحالة ، ويستطرد أنه بهذا الرأى أخذت بعض المحاكم (شبين الكوم الابتدائية ٩ مارس سنة ١٩٥٢) فقررت أنه : " إذا اشترط الفسخ فى عقد البيع إذا لم تصادق المحكمة الحسبية عليه . فهذا شرط موقف فلا ينعقد العقد ولاينتج أثره إلا بعد مصادقة المحكمة الحسبية وليس بشرط فاسخ لأن العقد فى هذه الحالة يعتبر قائما منتجا لجميع آثاره حتى يتحقق الشرط الفاسخ وهو ما لايمكن أن يطابق حالة هذا العقد إذ ليس للمشترى أن يتمسك به ويطلب صحته ونفاذه قبل مصادقة المحكمة الحسبية " .

ويقول الدكتور عبد النعم البدراوى : " ونحن نرى أن البيع الصادر من الوصى قبل استئذان المحكمة لا يكون بيعا بالمعنى الصحيح ، ولكنه مجرد وعد متبادل بالبيع والشراء موقوف على شرط هو إذن المحكمة. فإذا أذنت المحكمة تحقق الشرط المعلق عليه الوعد واستطاع كل من الوصى والمشترى أن يطالب بإتمام البيع . أما إذا لم تأذن المحكمة فمعنى ذلك عدم تحقق الشرط المعلق عليه الوعد وتحلل منه كل طرفيه . فإذا لم يستأذن الوصى المحكمة إطلاقا فلا يجوز أن يترتب على مثل هذا الاتفاق أى أثر فى حق القاصر ، فهو لاينفذ فى مواجهته " – ويمضى قائلا : " ولعل هذا هو الذى قصدته محكمة شبين الكوم الابتدائية (م٩ مارس ١٩٥٢) " .

وقد ذهبت محكمة النقض فى حكمين حديثين غير منشورين لها إلى أن البيع فى هذه الحالة يكون عقدا موقوفا طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، والعقد الموقوف طبقا للرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة هو مرتبة من مراتب العقد الصحيح ولكنه موقوف إلى أن يجاز من المالك .

إذ ذهبت إلى أن :

١- " نص المادة الأولى " إصدار" من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ يجرى على أن " **يعمل فى مسائل الولاية على المال** بالنصوص المرافقة لهذا القانون " ، كما تنص المادة ١٣ من ذات القانون على أنه " لايجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها " كما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون سالف البيان أن عدم الحصول على إذن المحكمة فى جميع الحالات التى يشترط فيها القانون ذلك يجعل تصرف الولى أو عقده بوجه عام غير نافذ فى حق الصغير لانتفاء الولاية وجاء معها أيضا وجوب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث يخلو

القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ من حكم من الأحكام مادامت هذه الأحكام لاتتعارض مع ما اشتمل عليه القانون من قواعد، لما كان ذلك ، وكان العقد الذى صدر من الولى دون إذن محكمة الأحوال الشخصية متجاوزا حدود ولايته هو عقد موقوف طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، والعقد الموقوف طبقا للرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة هو مرتبة من مراتب العقد الصحيح لتوافر عناصر الانعقاد والصحة فيه ، ولكنه موقوف إلى أن يجاز من المالك ، والإجازة تكون بالقول أو الفعل ، فإن وجدت نفذ البيع وإذا سكت المالك فلم يجز البيع أو يرده فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزا أو غير مجيز فيبقى البيع موقوفا حتى يجيزه المالك أو يرده " .

(طعن رقم ٤٦٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/٦/١٥)

٢- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن نص المادة الأولى " إصدار" من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ يجرى على أن يعمل فى مسائل الولاية على المال بالنصوص المرافقة لهذا القانون ، كما تنص المادة ٣٩ من ذات القانون على أنه " لايجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة أولا : جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله . وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة . كما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون سالف البيان أن عدم الحصول على إذن المحكمة فى جميع الحالات التى يشترط فيها القانون ذلك يجعل التصرف غير نافذ فى حق الصغير لانتفاء الولاية وجاء فيها أيضا وجوب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث يخلو القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ من حكم من الأحكام مادامت هذه الأحكام

٢٣ـ البيع بطريق النيابة :

يجوز أن يتم التعاقد بالبيع بواسطة نائب عن البائع أو عن المشترى أو نائب عن كل منهما .

وتسرى على هذه النيابة القواعد العامة المنصوص عليها فى المواد من (١٠٤ – ١٠٨) مدنى . فنحيل إليها فى هذا الشأن .

كما يوجد تطبيق خاص للمادة ١٠٨ مدنى فى عقد البيع ، سنتناوله فى المواد ٤٧٩ ومابعدها .

لاتتعارض مع ما اشتمل عليه القانون من قواعد ، وأن العقد الذى يصدر من الولى أو الوصى دون إذن محكمة الأحوال الشخصية متجاوزا حدود ولايته هو عقد موقوف طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، والعقد الموقوف طبقا للرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة هو مرتبة من مراتب العقد الصحيح لتوافر عناصر الانعقاد والصحة فيه ولكنه موقوف إلى أن يجاز من المالك ، والإجازة تكون بالقول أو بالفعل ، فإن وجدت نفذ البيع، وإذا سكت المالك لم يجز البيع أو يرده فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزا أو غير مجيز فيبقى البيع موقوفا حتى يجيزه المالك أو يرده ، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الوصى لم يحصل على إذن من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال ببيع عقار القاصر– المطعون ضده– إلى مورثة الطاعنين بالعقد المؤرخ ١٩٦٥/٢/٢٧ ، كما خلت الأوراق أيضا من أن المطعون ضده قد أجاز ذلك العقد فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذا التصرف يكون قد انتهى إلى النتيجة الصحيحة فى القانون " .

(طعن رقم ٣٣٤٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٣١)

٢٤ـ الوكالة اللازمة للبيع :

الوكالة نوعان : وكالة عامة ووكالة خاصة . والوكالة العامة هى التى ترد فى ألفاظ عامة لاتخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل فهذه لاتخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة (م١/٧٠١ مدنى) ، ومثال ذلك أن يوكل شخص غيره " فى الأعمال التى يراها فى صالحه " . وعلى ذلك فالبيع وهو من أعمال التصرف لايدخل فى سلطة الوكيل العام إلا أن يكون مما تقتضيه أعمال الإدارة كبيع المحصول أو بيع البضاعة إذا تعلقت الإدارة بمتجر وبيع المنقول الذى يسرى إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشئ محل الوكالة لحفظه واستغلاله (م٢/٧٠١ مدنى) وبالترتيب على ذلك فإن البيع يلزمه وكالة خاصة .

وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ مدنى صراحة بقولها : " لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء " .

وعندئذ يرجع إلى عقد الوكالة لبيان حدود سلطة الوكيل ، فقد يخول الوكيل سلطة البيع أو الشراء بالنسبة لعين معينة فلا يجوز للوكيل أن يباشر العقد إلا بالنسبة لهذه العين ووفق للشروط التى تضمنها عقد الوكالة إن وجدت شروط . وقد يكون التوكيل دون تحديد لمحل العقد وهنا يكون للوكيل مباشرة عقد البيع بالنسبة إلى أى مال من أموال الموكل[١] .

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٧٩ ومابعدها .

(المحل فى عقد البيــع)

٢٥ـ تطبيق القواعد العامة :

لما كان البيع عقدا ملزما للجانبين ، فإنه ينشئ التزامــات فــى جانب البائع محلها هو المبيع ، وينشئ التزامات مقابلة فى جانــب المشترى محلها الرئيسى هو الثمن ، ولذلك يكــون للبيــع محــلان رئيسيان هما المبيع والثمن . وقد يكون محل التزامــات المشــترى غير الثمن ، فالمشترى ملتزم أيضا بدفع مصروفات البيع وبتســلم المبيع ، فمحل الالتزام الأول هو المصروفات ، ومحــل الالتــزام الثانى هو المبيع [١].

ولم يضع المشرع قواعد خاصة بشروط محــل التــزام البــائع اكتفاء بالقواعد العامة ومن ثم تسرى القواعد العامة على المحل فى عقد البيع فيجب أن يكون نقل الحق ممكنا فى ذاتــه (م١٣٢مــدنى) وأن يكون الحق المراد نقله معينا أو قــابلا للتعيــين (م١٣٣) وأن يكون نقل الحق على سبيل البيع غير مخالف للنظام العام . ومن ثم نحيل إلى القواعد العامة فى هذا الشأن أما محل التــزام المشــترى وهو الثمن ، فسنتناوله فى دراستنا فى موضعه من الكتاب .

---

(٢) السنهورى ص ١٩٠ وهامش (١)

(السبب فى عقد البيع)

٢٦ـ إحالة إلى القواعد العامة :

لايتميز البيع فى خصوص السبب بأية خصوصية وتنطبق فى شأنه القاعدة العامة التى نص عليها المشرع فى المادة ١٣٦ من التقنين المدنى بقوله : " إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا " .

ومن ثم نحيل إلى القواعد العامة فى دراسة سبب عقد البيع .

٢٧ـ إثبات البيع :

كانت المادة ٣٠٢/٢٣٧ من التقنين المدنى الملغى تنص على أنه: " يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالمشافهة إنما فى حالة الإنكار تتبع القواعد المقررة فى القانون بشأن الإثبات " .

ولم يقصد هذا النص من إجازة البيع مشافهة سوى التأكيد بأن الكتابة ليست لازمة لصحة البيع ، ومعنى ذلك أنه لم يرد الإخلال بقواعد الإثبات العامة ، ولذلك نصت المادة فى عجزها على أنه: " فى حالة الإنكار تتبع القواعد المقررة بشأن الإثبات " [١].

ولخلو النص من أى فائدة ، أغفله المشرع عند وضع التقنين المدنى الجديد ، لأن البيع عقد رضائى – كما ذكرنا سلفا– ويخضع فى إثباته أو فى إثبات صوريته للقواعد العامة فى الإثبات . ولايستثنى من ذلك إلا البيوع التى اشترط القانون شكلا معينا لانعقادها ، كما أوضحنا فيما تقدم .

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٣٦ .

وعلى ذا ، يجب إثبات البيع بالكتابة أو بما يقوم مقامها من إقرار ويمين ، إذا كانت قيمة المبيع تزيد على خمسمائة جنيه ، فإذا قل الثمن عن ذلك جاز إثبات البيع بالبينة والقرائن (م٦٠/١ من قانون الإثبات) .

والمعلوم أن قواعد الإثبات مما لايتعلق بالنظام العام ويجب الدفع بها من الخصم .

ويجوز للطرفين الاتفاق على أن يكون إثبات العقد بالكتابة ، وعندئذ يكون من الواجب إثباته بالكتابة ، ولو كانت قيمة العقد تقل لاتجاوز خمسمائة جنيه .

ويلاحظ فى إثبات البيع ما يأتى :

١- أنه يجوز للمشترى الاعتماد فى إثبات البيع على الإيصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذى كان قد أودعه لديه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الإيصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذى كان قد أودعه إياه يجوز للمشترى أن يعتمد عليه فى إثبات حصول البيع له متى كان قد حصل عليه برضاء المودع لديه " .

(طعن رقم ٣٧ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/١٢/٥)

٢- إذا كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة وكان بعض الورثة لم يوقعه فإن من أمضاه يلتزم به عن الحصة التى يملكها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة عن جميع المنزل موضوع العقد ، وكان بعض الورثة لم يوقعه فإن من أمضى منهم العقد يصبح مرتبطا قبل المشترى عن حصته التى يملكها ، وللمشترى أن يطالبه دائما بنفاذ البيع فى حصته ولايجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقى الشركاء عن التوقيع . وإقرار البائعين فى العفد بتضامنهم فى نفاذ البيع وصحته ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته ، ولا أن انعقاد البيع فيها لايتم إلا إذا باع باقى الشركاء حصصهم ، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة البيع ونفاذه فى حصته ثم فى حصص الآخرين أيضا . وإذن فتكييف المحكمة مثل هذا العقد بأنه مشروع بيع لم يتم مع دلالة ظروف الدعوى وأوراقها على أن طرفيه قد اعتبراه عقد بيع بات ملزم لهما وترتيبها على هذا أنه لاتصح فيه الشفعة . ذلك منها يكون خطأ ".

(طعن رقم ٥٥ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٣/١)

٣- الطلب الذى يقدم إلى الشهر العقارى لشهر بيع العقار يصلح دليلا كتابيا على إبرام البيع .

وفى هذا قضت محكمة النقض فى حكم غير منشور لها بأن :

" لما كان إثبات عقد البيع يخضع للقواعد العامة فهو بحسبانه عقدا رضائيا يتم بمجرد اتفاق طرفيه فلا يلزم لانعقاده إفراغ هذا الاتفاق فى محرر مكتوب أو شكل رسمى ، وكان الطلب الذى يقدم إلى الشهر العقارى لشهر بيع العقار يصلح دليلا كتابيا على إبرام البيع متى كان مستوفيا أركان انعقاده وكان موقعا من الطرفين أو من أحدهما الذى يعتبر توقيعه دليلا على الإيجاب من قبله واقترنت به واقعة قاطعة الدلالة على قبول الطرف الآخر للبيع قبل أن يسقط الإيجاب ، وكان البين من مطالعة الصورة الرسمية لطلب شهر البيع المقدم إلى الشهر العقارى وطلب تجديده أن بياناتهما تضمنت أسماء البائع والمشتريين والمتبرعة بالثمن ومساحة الأطيان المبيعة وموقعها وحدودها والثمن المتفق عليه وتوقيع مورث الطاعنين بصفته بائعا وبصفته وليا طبيعيا على ولديه المشتريين وهى بيانات تتضمن أركان البيع بما يكفى لانعقاد البيع بالشروط والالتزامات التى تنظمها نصوص القانون المدنى المتعلقة بأحكام البيع باعتبار أنها مكملة لإرادة الطرفين طالما أنهما لم يتفقا على ما يخالفها ، وإذ خالف الحكم المطعون هذا النظر وحمل قضاءه على ما أنبأ به من أن طلب الشهر وطلب التجديد المشار إليهما لايتضمنان شروط

البيع والتزامات الطرفين ورتب على ذلك عدم انعقاد البيع فإنه يكون مشوبا بمخالفة الثابت بالأوراق فضلا عن مخالفة القانون بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٣٥١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٦/٢١)

٤- دفع المشترى ثمن المبيع وتسلم العقد الموقع عليه منه وتمسكه به فى مواجهته يدل على قبول المشترى للبيع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن دفع المشترى الثمن كاملا إلى البائع وتسلم العقد الموقع عليه منه وتمسكه به فى مواجهته وإقامة الدعوى عليه بصحته ونفاذه مؤداه قبول المشترى للبيع ويغنى عن توقيعه على العقد " .

(طعن رقم ١٤٧٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/١/١٥)

مـادة (٤١٩)

١- يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا . ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصـافه الأساسـية بيانا يمكن من تعرفه .

٢- وإذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع ، سـقط حقه فى طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع .

الشرح

٢٨ـ وجوب علم المشترى بالمبيع علما كافيا :

تقضى القواعد العامة الواردة فى محل الالتـزام والمنصـوص عليها بالمادة ١٣٣ مدنى أنه : "١- إذا لم يكن محل الالتزام معينـا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا .

٢- ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره .

وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة من الشئ ، من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط " .

ومفاد ذلك أن القواعد العامة لا تتطلب أن يكون المشترى عالما بالمبيع ذاته ، ويكفى أن يكون المبيع معينا تعيينا كافيا يميـزه عـن

غيره ويكون مانعا من الجهالة الفاحشة ولو لم يكن المشترى عالما به . فإذا كان المبيع دارا مثلا ، ولم يرها المشترى ، ولكنها عينت تعيينا كافيا بأن ذكر موقعها وحدودها ، فقد كان ينبغى أن هذا التعيين يكفى ولو لم يكن للمشترى سابق علم بالدار .

غير أن المشرع لم يكتف فى عقد البيع بما تقضى به القواعد العامة هذه ، بل أضاف شرطا آخر فى البيع ، استمده من أحكام **خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية** ، هو شرط علم المشترى بالمبيع علما كافيا .

إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤١٩ على أنه يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذه المادة :

" هذاالنص يلخص خمسة نصوص فى التقنين المصرى الحالى، هى المواد ٣٤٩- ٣١٥/٢٥٣- ٣١٩ على وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف فى الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة للقانون المدنى ، وهذه لاتشترط رؤية المبيع ، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معينا تعيينا كافيا .

فقرر المشروع وجوب أن يكون المشترى عالما بالشئ المبيع علما كافيا .... " [(١)].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٨ ومابعدها- **ونعرض هنا لأحكام خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية :**

خيار الرؤية هو ما يثبت لأحد العاقدين عند رؤية محل العقد من الحـق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عدم رؤية محله عند إنشاء العقد أو قبله، فإذا اشترى شخص سيارة لم يرها كان له بسبب عدم رؤيته إياها الحق في أن يفسخ العقد أو يمضيه عندما يراها – وإن وصفت له عند التعاقد– لأن علم المبيع بأوصافه – وإن كان نافيا للجهالة – لايرقى إلى العلم به عند رؤيته ، فإن رؤيته تفيد علما أشمل وأدق فشرع هذا الخيـار عنـد رؤيته حتى إذا أمضى العقد كان عن رضا كامل تام ، ومن هذا يتبين أن هذا الخيار لا يثبت للعاقد إذا كان قد رأى محل العقد .

ويثبت هذا الخيار عند الحنفية للمتملك من العاقدين باتفاق ولـذا يثبـت للمشترى لقوله صلى الله عليه وسلم " من اشترى شيئا لـم يـره فهـو بالخيار إذا رآه " وزيد في بعض الروايات " إن شاء أخذه وإن شاء تركه". وفي ثبوته للمملك منهما إذا تصرف فيما يملك فباعه قبل أن يراه خلاف، فذهب بعض الحنفية إلى ثبوته ، وذهب الجمهور منهم إلى عدم ثبوتـه ووجهة الأولين أن الإنسان قد يرث شيئا لم يره ثم يبيعه قبل أن يـراه، فإذا رآه بعد ذلك فتبين له أنه غبن في صفقته احتاج إلى الخيـار لـدفع الغبن عنه .

ووجه الجمهور أن شرع الخيار أتى علـى خـلاف القيـاس لمخالفتـه لمقتضى العقد فيقتصر فيه على مورد النص ، وإذا لحق المملـك غـبن لتصرفه فيما يملك قبل رؤيته فذلك عن تقصير منه فلزمه تحمل التبعـة وهذا هو الصحيح .

وسبب ثبوت خيار الرؤية للعاقد عدم رؤيته محل العقد حين العقد أو قبله ولذا يثبت في هذه الحال بدون اشتراطه سواء أو صف له المحل عنـد التعاقد فوجده كذلك عند رؤيته أم لم يوصف له ، فإن رآه حين العقد لم يثبت له خيار . وكذلك الحكم إذا رآه قبله بشرط أن يتـوافر أمـران :

أحدهما أن يكون العاقد على علم بأن هذا المحل هو الذى رآه من قبل .
ثانيهما : ألا يتغير المحل وقت العقد عن الصفة التى كان عليها عند رؤية العاقد له ، فإن لم يكن على علم بذلك كان له خيار الرؤية ، وكذلك إذا كان علم به ولكن وجده قد تغير عن الصفة التى رآها عليها .
ويثبت هذا الخيار عند الرؤية ، فرؤية العاقد للمحل شرط فى ثبوته له ، فيشترط فى ثبوت خيار الرؤية ما يأتى :
١- عدم رؤية العاقد محل العقد حين العقد أو قبله أو تغير المحل وقت العقد عن حاله التى رآها العاقد عليها من قبل
٢- أن يكون محل العقد عينا مشخصة كدار أو ثوب أو حيوان ، أما إذا كان دينا موصوفا يثبت فى الذمة فلا يثبت فيه خيار الرؤية .
٣- أن يكون العقد مما يقبل الفسخ .
٤- رؤية العاقد للمحل ، فلا خيار له قبلها .
وليس المراد بالرؤية الإبصار ، بل المراد بها ما هو أعم من ذلك وهو العلم بمحل العقد على الوجه الذى يناسبه ، فإن كان من المرئيات كان العلم به بواسطة البصر ، وإن كان من المشمومات كالروائح العطرية كان العلم بواسطة الشم ، وإن كان من الطعام كان العلم به بواسطة الذوق ، وإن كان من الأشياء التى لاتعرف إلا بالجس واللمس كبعض الأقمشة كان العلم به بواسطة جسه ولمسه وهكذا . وعلى هذا فليس من اللازم رؤية جميع المحل الذى ورد عليه العقد ، بل يكفى رؤية بعضه إذا كانت هذه الرؤية تؤدى إلى معرفته كله كرؤية النموذج منه ، وذلك كما فى الحبوب والزيوت وسائر المثليات ، أما إذا كانت لاتؤدى إلى ذلك كما فى الحيوان والدور فلا بد من رؤية جميع المحل .
ويثبت خيار الرؤية للأعمى إذا ما اشترى شيئا لم يعرفه ، فإن كان ذلك الشئ مما لايعرف إلا بالبصر كان معرفته به عن طريق وصفه له ، وإن كان يعرف بحاسة أخرى باشر ذلك بنفسه

ورؤية الوكيل بالعقد كرؤية الموكل ، إذ جميع ما يرجع إلى العقد يرجع فيه إلى الوكيل، واختلف فى رؤية الوكيل بقبض المحل فقط، فقيل لاتغنى لأنه وكيل التسلم لا فى الرؤية ولا فى الرضا بالمحل وإلى هذا ذهب الصاحبان، وقيل تغنى عن رؤية الموكل لأنه وكيل فى قبض تام ، وذلك لا يكون إلا بعد الرؤية وإلى هذا ذهب الإمام .

وأثر ثبوت الخيار أن يكون لمن يثبت له حق إمضاء العقد أو فسخه عند رؤيته محل العقد فإن أمضاه لزم وإذا فسخه بطل ، ويبطل حينئذ بمجرد الفسخ دون حاجة إلى قضاء من القاضى أو إلى رضا العاقد الآخر بذلك.

ويترتب على ثبوت الخيار عدم لزوم العقد بالنسبة إلى من يثبت له .

ويسقط الخيار بعدة أمور ، منها ما يبطله إذا وجد قبل الرؤية أو بعدها ومنه ما لا يبطله إلا إذا وجد بعد الرؤية .

والنوع الأول يشمل :

١- تصرف المتملك فى المحل تصرفا يوجب حقا للغير ، كبيعه بغير شرط الخيار له ورهنه وإجارته ووقفه ونحو ذلك .

٢- تعيب المحل فى يد متملكه ، فإنه لايجوز أن يرد إلى صاحبه معيبا.

٣- تعذر رد بعضه بهلاك أو بعيب أو بتصرف فيه يوجب حقا للغير ، لأن خيار الرؤية لايثبت فى البعض ، فإذا رد المشترى المبيع فإما أن يرده كله أو يرضى به كله حتى لاتتجزأ الصفقة على البائع .

٤- موت من له الخيار ، فإذا توفى سقط خياره ، ولاينتقل إلى ورثته مادام لم يختر قبل الوفاة سواء كانت وفاته قبل الرؤية أم بعدها .

٥- زيادة المحل فى يد متملكه زيادة تمنع الرد سواء كانت زيادة متصلة غير متولدة منه كالبناء فى الأرض أو متولدة منه كالسمن للحيوان أم كانت منفصلة متولدة كالولد للحيوان .

والنوع الثانى : يشمل كل ما يدل على رضا المتملك بمحل العقد أو

والمشرع لايتطلب سوى علم المشترى دون البائع أخذا بـرأى جمهور الحنفية فى خيار العيب . وعلى ذلك إذا كان البائع لم يعلـم بالمبيع ، بأن كان قد ورثه مثلا ثم باعه دون أن يراه ، فلا يكون له الحق فى طلب إبطال البيع (١).

والعلم بالمبيع – كما ذكرنا – يختلف عن تعيين المبيـع ، فقـد

ببعضه من قول أو فعل يصدران منه . ويتحقق ذلك بما يأتيه من هـذا الأمور :

١- قول يدل على ذلك كرضيت بالعقد أو المحل أو نحو ذلك .

٢- تصرف فى المحل لايوجب حقا لغيره كهبته المحل من غير تسـليم وإعارته إياه مع اشتراط الخيار له ومساومته فيه غيره ونحو ذلك ممـا يستفاد منه إرادة استبقائه .

٣- فعل يتصل بالمحل كانتفاعه به وعرضه إياه للبيع ، وقبضـه بعـد رؤيته أو دفعه لثمنه .

٤- طلب الأخذ بالشفعة بسببه ، فإذا كان المحل عقارا وبيـع بجـواره عقار آخر فطلب المتملك أخذه بالشفعة بعد رؤيته المحل عد ذلـك منـه رضا به فيبطل خياره . أما إذا طلب الشفعة قبل رؤيته المحـل ، فـلا يسقط بذلك خياره ، وله فسخ العقد بعد ذلك ولايؤثر هذا الفسخ فى تملكه بالشفعة (راجع الأستاذ على الخفيف أحكام المعاملات الشرعية الطبعـة الثالثة ص ٣٤٧ ومابعدها – الأستاذ أحمد إبراهيم المعاملات الشـرعية المالية (٣) سنة ١٣٥٥هـ – ١٩٣٦م ص ١١٨ ومابعدها) .

(١) إسماعيل غانم ص ٦٩ – مصطفى منصـور مصـطفى ٦٨- محمـد شكرى سرور ص ٦٦ .

يكون المبيع معينا تعينا كافيا يميزه عن غيره ويكون نافيا للجهالة الفاحشة دون أن يكون المشترى عالما به ، ومن ثم فإنه طبقا للنص المذكور يجب أن يعلم به المشترى .

والعلم الذى يتطلبه القانون هو العلم المعاصر لانعقاد العقد أو السابق له بشرط أن يبقى المبيع إلى وقت العقد على حاله التى كان عليها وقت العلم [١].

وللعلم الكافى وسائل ثلاث :

الوسيلة الأولى :

المعاينة ، وتكون معاينة المبيع على الوجه الذى يناسبه ، كما هو مقرر فى خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية فتحقق بالإبصار إن كان المبيع من المرئيات أو بالشم إن كان من المشمومات كالروائح العطرية أو بالذوق إن كان من الطعام . أو بالجس أو اللمس بالنسبة لبعض الأقمشة وتكفى المعاينة سواء بالإبصار أو باستعمال الحواس على الوجه الذى يتناسب مع طبيعة المبيع لتوافر شرط العلم ، ولو لم يتحقق العلم فى حقيقة الواقع مادامت المعاينة قد تمت بطريقة وافية من شأنها أن تمكن الرجل العادى من العلم[٢].

ويكفى رؤية بعض المبيع إذا كانت هذه الرؤية تؤدى إلى

(١) خميس خضر ص ٥٦ – محمد شكرى سرور ص ٦٦ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٦٨ ومابعدها – خميس خضر ص ٥٦.

معرفته كله كرؤية النموذج منه ، كما فى الحبوب والزيوت وسائر المثليات ، أما إذا كانت لاتؤدى إلى ذلك كما فى الحيوان والدور فلابد من رؤية جميع المبيع .

وإذا كان البيع بالعينة فيجب أن يتوافر العلم بالعينة ذاتها . ويستوى أن يعلم المشترى بنفسه أو بواسطة نائبه . بل إن الإنابة فى المعاينة قد تبدو ضرورية فى بعض الأحيان ، كما لو كانت المعاينة تستلزم الرؤية وكان المشترى أعمى . ويرى بعض الشراح أن النيابة فى الشراء لاتتضمن حتما النيابة فى المعاينة . بما يفهم منه أنه يلزم أن تكون هناك نيابة خاصة فى المعاينة ذاتها . وهو تشدد لايتفق وما تقضى به المادة ١٠٤ مدنى من أنه عندما يكون العقد قد تم بطريق النيابة فإن شخص النائب لاشخص الأصيل هو الذى يكون " محل الاعتبار فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم به حتما "(١).

بل يجوز للمشترى أن يكلف شخصا آخر كخبير لإجراء معاينة المبيع ، وفى هده الحالة يعتبر المشترى عالما بالمبيع إذا أقدم على الشراء بعد أن يقدم له الخبير تقريره (٢).

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٦٧ - محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد البيع سنة ١٩٦٢ ص ٥٦

(٢) محمد لبيب شنب ص ٥٦

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت أن المشترى لم يكن يجهل مساحة المنزل الذى اشتراه ، وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ، وكان هذا الاستخلاص سليما مبنيا على ما أوردته فى حكمها من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ، فلا يجوز بعد ذلك إثارة هذا الأمر أمام محكمة النقض لتعلقه بموضوع الدعوى " .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/١٠/٢٤)

الوسيلة الثانية :

اشتمال عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا كافيا يمكن من تعرفه :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٤١٩ مدنى تنص على أنه يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا ، ثم أردفت " **ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه** " .

واشتمال عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه خطوة أبعد من تعيين المبيع وإلا كان نص المادة ٤١٩ لغوا . فالمقصود بتعيين المبيع أن يكون المبيع موصوفا وصفا يميزه عن غيره ، فلا يقع لبس فيه . أما العلم الكافى فهو معرفة أوصافه الأساسية . فقد يكون المبيع معينا دون أن يعلم به المشترى علما كافيا فمثلا إذا باع شخص لآخر منزلا مع تعيين

موقعه كذكر البلد واسم الشارع ورقم المنزل ، وذلك بما يميزه من غيره ، فيكفى هذا لتحقق شرط التعيين وينعقد العقد .

أما شرط العلم الكافى فلا يتحقق إلا ببيان أوصاف المنزل الأساسية ، تلك الأوصاف التى تبين ما إذا كان صالحا أو غير صالح لتحقيق الغرض من شرائه ، وذلك بذكر حدود المنزل ومساحته وعدد طبقاته وحجراته وما يتبعه من ملحقات وغير ذلك مايجعل صورة المنزل مرسومة رسماواضحا فى ذهن المشترى[١].

وإذا كان المبيع أرضا زراعية ، فإنها تتعين تعيينا يمنع من اختلاطها بغيرها طبقا للقواعد العامة ، ببيان رقم الحوض والقطعة التى توجد فيها والناحية التى تضمها ، وببيان حدودها الأربعة ، أما علم المشترى بهاعلما كافيا فيقتضى فوق ذلك أن يعرف خصائصها من حيث نوع التربة ودرجة خصوبتها وما تصلح له من أنواع المزروعات ، وما يخدمها من وسائل الرى والصرف ، وإلا كان البيع – طبقا للمادة ٤١٩ قابلا للإبطال . لكن العلم الكافى لايصل بالمقابلة إلى حد معرفة كل التفصيلات عن المبيع ولو كانت ثانوية الأهمية ، كلون فرش سيارة أو لون دهان غرف منزل [٢].

---

(١) السنهورى ص ١٢٣ – خميس خضر ص ٥٧ – الدكتور عبد الودود يحيى دروس فى العقود المسماة البيع والتأمين طبعة ١٩٧٨ ص ٤٩ ومابعدها .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٦٥ ومابعدها .

وتقدير ما إذا كان وصف المبيع فى العقد كافيا أو غيـر كـاف لتوفير علم المشترى به ، مسألة موضوعية يتوقف الفصل فيها على ظروف الحال وبصفة خاصة على طبيعة المبيع والغرض المقصود من شرائه ، فمن يشترى سيارة للركوب العادى يعتبر عالما بها إذا اشتمل العقد على بيان المصنع الذى أنتجها وتاريخ صنعها وعـدد المقاعد والأبواب الموجودة بها ، أما من يشترى سيارة للسباق فـلا يعتبر عالما بها علما كافيا بالرغم من توافر البيان السـابق إذا لـم يبين العقد السرعة القصوى لهذه السيارة ، كذلك من يشترى جوادا للسباق لايعتبر عالما به إذا لم يبين العقد السلالة التى انحدر عنهـا هذا الجواد [١].

وإذا تم البيع في محرر كتابى ، وجب أن يشتمل المحرر علـى هذا البيان ، وإن تم مشافهة ، وجب أن يثبت أن المشترى قد ذكرت له جميع أوصاف المبيع الأساسية . وإذا وجد المبيع عند الاسـتلام على خلاف ما ذكر فى العقد ، كان للمشترى طلب إبطاله [٢].

ولم يأخذ المشرع فى هذه الوسيلة من وسـائل العلـم الكـافى

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٥٧ – أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص٨١.

(٢) الدكتور جلال على العدوى عقد البيع طبعة ١٩٨٨ ص ٨٩ .

بالمبيع بحكم المذهب الحنفى فى خيار الرؤية ، وإنما أخذ بحكم المذاهب الأخرى التى تستغنى عن الرؤية بالوصف [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادتين ١٣٣ ، ٤١٩ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– أنه لايشترط لصحة العقود أن يكون محل الالتزام معينا بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين ، وأن يتضمن عقد البيع ما يسمح بتمييز المبيع عن سواه ويمنع اختلاطه بغيره لو تنازع طرفا البيع حول تحديد المبيع ، كما لايشترط لصحة البيع أن يتطابق المشترى الظاهر مع المشترى المستتر ولا أن يكشف المشترى الظاهر عن أنه لم يكن غير وسيط أو اسم مستعار".

(طعن رقم ٢١٧٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/١/١١)

الوسيلة الثالثة :

إقرار المشترى فى عقد البيع بأنه عالم بالمبيع :

تنص المادة ٤١٩ فى فقرتها الثانية على أنه : " وإذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع " . ومن ثم إذا

---

(١) السنهورى ص ١٢٣ .

أقر المشترى فى عقد البيع أنه عالم بالمبيع فإن إقراره هذا يكون حجة عليه ، ذلك أن إقرار المشترى بالعلم ، إما أن يتفق مع الواقع فيتوافر العلم فعلا ، وإما أن يخالفه فيفيد أن المشترى لايعلق أهمية على علمه بالمبيع أو أنه يتنازل عن الطعن فى العقد .

وفى هذا ما يخالف رأى الأحناف فى أنه فى خيار الرؤية لايملك المتملك (المشترى) التنازل عن الخيار قبل الرؤية .

ولكن حق المشترى فى الطعن على البيع يبقى ، ولو أقر فى العقد بعلمه بالمبيع إذا أثبت أن هذا الإقرار جاء نتيجة تدليس البائع. والمقصود بالتدليس هنا هو التدليس فى خصوص العلم ، أى التدليس المؤدى إلى الحصول على الإقرار بالعلم . ومثال ذلك أن يدس البائع فى العقد عبارة أن المشترى عالم بالمبيع فوقع المشترى على ذلك دون أن يتنبه [١].

أو يكون البائع قد أطلع المشترى على شئ أوهمه أنه هو المبيع أو أوهمه أن الشئ الذى كان قد سبق له رؤيته نفس المبيع ، ثم اتضح خلاف ذلك [٢].

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٦٨ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٢٣ – منصور مصطفى منصور ص ٧١- خميس خضر ص ٥٨ .

ويقع على عاتق المشترى إثبات أن إقراره بالعلم بـالمبيع فـي عقد البيع قد جاء نتيجة تدليس البائع .

٢٩ـ جزاء عدم العلم الكافى بالمبيع :

إذا لم يتوافر شرط العلم الكافى بالمبيع – على ما تقدم من مفهوم هذا العلم ووسائله – كان البيع قابلا للإبطال لمصلحة المشترى. وهذا الجزاء يستفاد ضمنا مما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ فى مواجهتها لحالة ما إذا كان عقد البيع قد ذكر فيه أن المشترى عالم بالمبيع ، إذ أسقطت عندئذ " حقه فى طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به " [(١)].

والراجح فى الفقه أن أساس قابلية العقد للبطلان ليس على أساس الغلط ، وأن المادة ٤١٩ بالتالى تقتصر على مجرد تقرير قرينة على الغلط بحيث يعفى المشترى من إثباته . وإنما على أساس أنها تتضمن حكما موضوعيا مستقلا عن الغلط مضمونه وجوب أن يكون المشترى على علم كاف بالمبيع ، بحيث يجوز له أن يطلب إبطال البيع إذا لم يتوافر له هذا العلم ، ولو لم يقع فى أى

---

(١) السنهورى ص ١٢٥ – محمد شكرى سرور ص ٦٩– منصور مصطفى منصور ص ٧٢– جلال العدوى ص ٩٠– سليمان مرقس ص٢٢٠ .

غلط ، أى ولو وجد المبيع مطابقا لما تصوره . وهذا الرأى يعززه حقيقة لايمكن تجاهلها وهى أن المشرع استقى أحكام المادة من الشريعة الإسلامية وفيها يثبت للمشترى خيار الرؤية لمجرد عدم رؤيته للمبيع ولو لم يكن قد وقع فى غلط ، بل ولو كان المبيع مطابقا تماما لما تصوره [١].

٣٠ـ سقوط الحق فى الإبطال لعدم العلم الكافى بالمبيع :

لم يتعرض المشرع لسقوط دعوى الإبطال لعدم العلم الكافى بالمبيع .

ولاشك أن حق الإبطال لعدم العلم الكافى بالمبيع يسقط بالأسباب التى تقضى بها القواعد العامة فى سقوط حق الإبطال وهو يسقط

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٧٤- خميس خضر ص ٦١ ومابعدها- محمد شكرى سرور ص٧٠ - عبد المنعم البدراوى ص ١٢٣- اسماعيل غانم ص ٧٤ - محمد لبيب شنب ص ٥٧- عبد الودود يحيى ص ٥٣- وعكس ذلك السنهورى ص ١٢٠- جلال العدوى ص ٨٩ ومابعدها - حيث يريان أن النص المنظم للإبطال لعدم العلم الكافى لايزيد على كونه قرينة على وقوع المشترى فى غلط دفعه إلى التعاقد، أى قرينة على أن المشترى وجد المبيع فى صورة تخالف تلك التى يتوهمها . وهذه القرينة تعفى المشترى من إثبات الغلط فهو غلط مفترض ويكفى أن يدعيه المشترى حتى يصدق قوله ، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس .

أيضا بأغلب الأسباب التى يسقط بهـا خيـار الرؤيـة فـى الفقـه الإسلامى.

ونعرض للأسباب التى تقضى بها القواعد العامة ، ثم للأسباب الواردة بالفقه الإسلامى .

(أ) الأسباب التى تسقط بها دعوى الإبطال طبقا للقواعد العامة :

١- إجازة العقد صراحة أو ضمنا، وذلك بأن يصدر من المشترى قول أو فعل يدل على رضائه بمحل العقـد ، كقولـه رضـيت أو أجزت ، أو بتصرفه فى المحـل كبيعـه أو هبتـه أو إجارتـه، أو بانتفاعه به وعرضه إياه للبيع أو دفعه الـثمن ، أو طلبـه الأخـذ بالشفعة بعد رؤيته المحل . فالرضا بالمبيع يبطل الخيار . وهذا ما يقرره فقهاء الشريعة أيضا .

٢- إذا لم يتمسك به المشترى خلال ثلاث سنوات من يوم العلم أو خلال خمس عشرة سنة من يوم العقد (م ٤٠ مدنى) .

وفى سقوط الحق بسكوت صاحب الخيار عـن اسـتعماله فـى الشريعة خلاف ، ففى رأى أن الخيار غير مؤقت بمـدة معلومـة ، وفى رأى آخر أنه مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية [1].

---

(١) السنهورى ص ١٢٥ هامش (٢) - منصور مصطفى منصور ص٧٥- محمد شكرى سرور ص ٧١ .

(ب) الأسباب التى تسقط بها دعـوى الإبطـال الـواردة بالفقـه الإسلامى :

يؤخذ بالأسباب التى يسقط بها خيار الرؤية بالفقه الإسـلامى ، والتى لاتتعارض مع القواعد العامة الـواردة بالقـانون المـدنى ، باعتبار أن قواعد الشريعة الإسلامية فى خيار الرؤية هى المصـدر التاريخى للإبطال لعدم العلم الكافى بالمبيع ، وإعمالا أيضا لحكـم المادة الأولى من التقنين المدنى التى تحيل إلـى أحكـام الشـريعة الإسلامية فيما لايوجد فيه نص ولا عرف [١].

وهذه الأسباب هى :

١- تصرف المشترى فى المبيع قبل العلم تصرفا يوجب حقـا للغير ، كما لو باعه أو رهنه .

٢- تعيب المبيع فى يد المشترى ، لأنه لايجوز أن يـرده إلـى صاحبه معيباوقد تسلمه سليما سواء كان التعيب بفعله أم بفعل الغير.

٣- تعذر رد بعضه بهلاك أو بعيب أو بتصـرف . لأن خيـار الرؤية لايثبت فى البعض .

٤- زيادة المبيع فى يد المشترى وهو سبب لاتسعف به القواعد العامة [٢].

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٧٢- اسماعيل غانم ص ٧٢ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٧٦- خميس خضر ص ٦٢- الأسـتاذ محمد كمال عبد العزيز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه الجـزء

ولكن لاتسقط دعوى الإبطال بما يأتى :

١- تعيب المبيع الناتج عن فعل البائع . ذلك أن مؤدى إسقاط دعوى الإبطال لهذا التعيب أن يكون لمن عليه حق للغير أن يسقط حق الغير بفعله ، وذلك يتعارض مع القواعد العامة [١].

٢- موت المشترى . فلئن كان موت المشترى يسقط خيار العيب ، ولاينتقل الخيار إلى ورثته . إلا أن محكمة النقض قد ذهبت إلى أن طلب الشفعة لايسقط بالموت مخالفة بذلك الفقه الإسلامى ، ومن ثم لاتسقط دعوى الإبطال بموت المشترى قياسا على عدم سقوط حق الشفعة بوفاته [٢].

(راجع قضاء محكمة النقض فى مجلد الشفعة) .

الثانى فى العقود المسماة المجلد الأول فى البيع والمقايضة طبعة نادى القضاة ص ٨٩ .

(١) اسماعيل غانم ص ٧٢- عبد المنعم البدراوى ص١٢٤ هامش(٣).

(٢) خميس خضر ص ٦٢ - عبد المنعم البدراوى ص ١٢٤ ومابعدها- منصور مصطفى منصور ص ٧٦- اسماعيل غانم ص ٧٣ .

مـادة (٤٢٠)

١- إذا كان البيع " بالعينة " وجب أن يكون المبيع مطابقا لها .

٢- وإذا تلفت " العينية " أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولـو خطأ ، كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشئ مطابق للعينة أو غير مطابق " .

الشـرح

٣١ـ المقصود بالبيع بالعينة :

قد يختار المتعاقدان لتعيين المبيع طريقة أكثر تأكيدا ودقة مـن مجرد وصفه وصفا تفصيليا يمنع من اختلاطه بغيره ، وذلك بـأن يريا بالفعل عينة له ، كقصاصة من القماش المبيع ، أو كمية بسيطة من القمح أو الأذرة أو القطن المبيع ، يحتفظ بها المشترى- عادة- حتى يضاهى عليها ما يتسلمه من البائع من ذات الصنف . فيكـون تراضيهما على المبيع على اعتبار أنه مطابق للعينة . ويتعين لذلك على البائع أن يسلم المبيع مطابقا تماما لهذه العينة . وتعرف هـذه الطريقة بالبيع بالعينة .

وهذه الطريقة شائعة الحدوث فى التعامل بين التجار ، وعلـى الأخص حين لايكون من المستطاع أن يعاين المشترى الشئ المبيع نفسه قبل الإقدام على شرائه لكونه مثلا موجودا فى مكان بعيد عن مجلس العقد ، ويتكلف نقله لمعاينته نفقات كبيرة .

كما يحدث ذلك غالبا فى بيع المثليات أى الأشياء التى لاتتفاوت آحادها كالمكيل والموزون ، إذ يكفى رؤية بعضـــها وهـــو العينـــة لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض فى الجنس الواحد .

فالمشترى فى حالة البيع بالعينة يكتفى بمعاينة عينة منـــه ، أى جزء مأخوذ منه ، فيكون بذلك فى حكم من عاين المبيـــع نفســـه ، بحسبان العينة - على حد تشبيه بعـــض الشـــراح هـــى " المبيـــع مصغرا"[١] .

ويلاحظ أنه فى البيع بالعينة يكون المبيع معلوما للمشترى علما كافيا بمجرد اطلاعه على العينة . وعلى ذلك إذا لم يســـلم البـــائع أشياء مطابقة للعينة فليس معنى هذا أن المشترى لم يعلـــم بـــالمبيع علما كافيا . ومن ثم لايجوز له التمســـك بالمـــادة ٤١٩ للمطالبـــة بإبطال البيع بدعوى عدم العلم الكافى بالمبيع. بل إن كل ما يستطيعه المشترى هنا هو مطالبة البائع بالتنفيذ أى تنفيـــذ التزامـــه بتســـليم المبيع، والمبيع هو الشئ المطابق للعينة . فإذا لم يتمكن البائع مـــن التسليم كان للمشترى حق المطالبة بالفسخ [٢].

والبيع بالعينة تناوله فقهاء الشريعة الإسلامية لاتصـــاله بخيـــار الرؤية . ولم ينص التقنين المدنى القديم على هذا النوع من البيوع .

---

(١) السنهورى ص ٢٣٥ ومابعدها - منصور مصطفى منصور - محمـــد شكرى سرور ص ١٢٨ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٦٢ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التهيدى أنه :

" هذا النص جديد لانظير له فى التقنين الحالى . وهـو يعـالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليـه المتعاقـدان ، فوجب أن يكون المبيع كله مطابقا لهذا النموذج. وقـد يحـدث أن المشترى لايكون قد سبق له رؤية المبيع واكتفى برؤية النمـوذج، وهذا ما يجعل للمسألة اتصالا بخيار الرؤية ، وهو موضوع النص السابق [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن تفهم نية العاقدين لمعرفة إن كانت قد اتجهت إلـى البيـع بالعينة أم إلى البيع بحسب المواصفات الواردة فى التعهد هو مـن مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقـام قضـاءه على استخلاص سليم ".

(طعن رقم ٩٦ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٩)

٣٢- حفظ العينة والمناقضة فيها :

لما كانت العينة هى الدليل على الشئ المبيع ، فإنه من الواجب أن يحتاط الطرفان – والمشترى على الخصـوص – باتخـاذ كـل الإجراءات اللازمة لحفظ العينة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٢ .

والعينة تحفظ عادة لدى المشترى .

وقد يحدث أن تتلف العينة أو تهلك فى يد أحد المتعاقدين ، ففى هذه الحالة يتبع نص الفقرة الثانية من المادة التى تنص على أنه يكون على المتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشئ مطابق للعينة أو غير مطابق .

ومعنى ذلك أن العينة إذا كانت فى يد المشترى- كما هو الغالب- وهلكت ولو بدون تقصير منه ، وادعى أن المبيع غير مطابق لها ، فعليه هو أن يثبت ذلك ، سواء أكان التلف أو الهلاك بخطأ منه أو بقوة قاهرة ، لأن البائع لايد له فى ضياع العينة ، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق لها حتى يثبت المشترى العكس . ويكون الإثبات بجميع الطرق بما فيها البينة .

وإن كانت العينة فى يد البائع وتلفت أو هلكت ، وادعى المشترى أن المبيع غير مطابق لها ، فعلى البائع أن يثبت المطابقة بكافة طرق الإثبات[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" هذا كله إن كان النموذج لايزال قائما . أما إن تلف أو هلك ، فإن كان ذلك وهو فى يد المشترى كما هو الغالب ، وادعى أن المبيع غير مطابق له ، فعليه هو أن يثبت ذلك ، سواء أكان التلف

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٦٣ – منصور مصطفى منصور ص ٤٩.

أو الهلاك بخطأ منه أم بقوة قاهرة، فإن البائع لايد له في ضياع النموذج ، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق له ، حتى يثبت المشترى العكس. ويكون الإثبات بجميع الطرق بما في ذلك البينة . وإن كان النموذج في يد البائع وتلف أو هلك ولو بغير خطأ منه ، وادعى المشترى أن المبيع غير مطابق له ، فعلى البائع أن يثبت الطابقة (أنظر مع ذلك التقنين اللبنانى م ٤٤٠ وهو يجعل عبء الإثبات على المشترى دائما ، دون أن يميز بين ما إذا كان النموذج في يد المشترى أو في يد البائع) "[١].

٣٣ـ الاختلاف على ذاتية العينة :

قد يختلف الطرفان على ذاتية العينة ، وما إذا كانت العينة المقدمة ممن يحتفظ بها هى العينة التى تعاقدا على أساسها من عدمه.

ولم يضع التقنين المدنى حكما لهذا الخلاف كما فعلت بعض التشريعات الأخرى ، كالتشريع السويسرى الذى يقضى بأن من يؤتمن على النموذج مصدق بقوله ، سواء أكان البائع أو المشترى. وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس (م٢٢٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أن التقنين ترك هذه المسألة للقواعد العامة ، إذ جاء بها : " ويعنى التقنين السويسرى (م٢٢٢) بتحديد من يكلف بإثبات ذاتية النموذج . وعنده أن من

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٢ ومابعدها .

يؤتمن على النموذج مصدق بقوله ، سواء أكان البائع أم المشترى، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس . وقد آثر المشروع ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة فى الإثبات " [١].

ويرى الفقه أن الحل الذى أتى به التقنين السويسرى هو ما يتفق مع القواعد العامة فى التقنين المدنى ويجب الأخذ به [٢].

وهذا ما لم تكن هناك علاقة متفق عليها بين الطرفين وقد وضعت على العينة ، فوجود هذه العلاقة يكفى لإثبات ذاتية العينة[٣].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" التعاقد بالعينة لا يؤثر فى صحة انعقاده عدم توقيع الملتزم على العينة وإن جاز أن يكون ذلك مثار خلاف عند تنفيذ العقد . ولا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيما تقرره من أن العقد قد تم على عينة معينة وأن العاقد قد عاينها " .

(طعن رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٥/١٥)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٣ .

(٢) السنهورى ص ٢٣٩- عبد المنعم البدراوى ص ١٦٣- الدكتور عبد الناصر العطار شرح أحكام البيع ص ٤٧- محمد شكرى سرور ص١٣٣.

(٣) السنهورى ص ٢٣٩ – محمد شكرى سرور ص ١٣٢ .

٣٤ـ وجوب مطابقة المبيع للعينة :

يجب أن يكون المبيع مطابقا للعينة ، فإذا قدم البائع المبيع مطابقا للعينة فمعنى ذلك أنه أوفى بالتزامه بتسليم المبيع . وليس للمشترى بعد ذلك أن يرفض التسليم بدعوى أن المبيع ليس صنفا جيدا ، فالبائع ملزم فقط بتسليم الشئ مطابقا للعينة ، ولا يستطيع المشترى أن يرجع على البائع إلا بسبب العيب الخفى، ما لم يكن هذا العيب متصلا بطبيعة العينة المتفق عليها وثمة فرق بين رجوع المشترى بسبب عدم مطابقة الشئ المسلم للعينة وبين رجوعه بسبب العيب الخفى ، فدعوى ضمان العيب تسقط بانقضاء سنة من وقت تسلم المبيع (٤٥٢) .

وللمشترى أن يرفض استلام المبيع طالما أنه غير مطابق للعينة ، حتى لو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفا أو أجود من العينة ذاتها[١].

غير أنه إذا كان الفرق بين المبيع والعينة تافها بحيث لايؤثر على صلاحية المبيع للغرض الذى اشترى من أجله ، فإنه يجب على المشترى تسلمه ، ويكتفى بتعويضه عن النقص فى جودة المبيع وذلك بإنقاص الثمن [٢].

---

(١) السنهورى ص ٢٣٦ - محمد شكرى سرور ص ١٣١ - عبد الناصر العطار ص ٤٦ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٤٩ - الدكتور أنور سلطان العقود المسماة شرح عقدى البيع والمقايضة طبعة ١٩٩٣ ص ٥٦ - استئناف مختلط أول مارس ١٩٣٣ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة وأجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة فى خصائصها التى رأت أن المتعاقدين قصداها ، فليس فى استظهارها فى هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة ما ينفى المطابقة طالما أنها قد انتهت بما لها من سلطة التقدير فى هذا الصدد إلى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقا لا يؤبه لها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة " .

(طعن رقم ١٦٩ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٢)

بل ليس للمشترى فى الأشياء التى تجرب عادة ، أن يرد المبيع المطابق للعينة، ولو وجده بعد التجربة غير صالح ، فما دام البيع مطابقا للعينة وجب على المشترى قبوله [(١)].

ويقع على البائع عبء إثبات أن المبيع مطابق للعينة ، لأنه فى العقود التبادلية يجب على كل طرف أن يثبت أنه قام بتنفيذ التزاماته. ويستعان بأهل الخبرة فى تقرير مطابقة المبيع للعينة ، مع ملاحظة أن رأى أهل الخبرة غير ملزم للقاضى [(٢)].

---

(١) السنهورى ص ٢٣٦ ومابعدها – محمد كمال عبد العزيز ص ٩٠.
(٢) أنور سلطان ص ٥٥- محمد شكرى سرور ص ١٣٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق العينة التى جرى التعاقد عليها . فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع على البائع أن يحصل على بضاعة من العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه ، فإن كان دون العينة جودة أو نقاوة التزم بفرق الثمن لمصلحة المشترى " .

(طعن رقم ٩٦ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٩)

٢-(أ)- " تنص المادة ٤٤٠ من التقنين المدنى على أنه " إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقا لها " ومؤدى ذلك أن يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم شئ مطابق للعينة المتفق عليها، فإذا لم يف بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب المشترى بأداء المقابل وهو الثمن ".

(ب)- " تنص المادة ٣٤ من القرار الوزارى رقم ٨١ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتنظيم التعامل بالجملة فى سوق البصل بالاسكندرية على أنه " تحصل المزايدة فى كل رسالة بالمكان الذى توجد فيه على أساس العينات التى تستخرج طبقا لأحكام هذا القرار" ، ولايتأدى من ذلك النص أن المبيع وقد أصبح معلوما للمشترى بمعاينته إياه فإنه يمتنع عليه بعد ذلك ادعاء أن المبيع كان بيعا بالعينة، ذلك أنه وإن كان المشترى يعتبر عالما بالمبيع علما كافيا باطلاعه على العينة إلا أنه يتحتم مطابقة محتويات الرسالة أو

الرسائل للعينات المستخرجة منها . فإذا تبين عدم مطابقتها لها كان المشترى فى حل من الوفاء بالتزامه بالثمن " .

(طعن رقم ٢٢٢ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٠/١٥)

٣٥- جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة :

إذا أخل البائع بالتزامه بأن قدم شيئا غير مطابق للعينة ، كان أمام المشترى خيار بين أمور ثلاثة :

الأمر الأول : أن يطالب بالتنفيذ العينى ، فيجبر البائع على تسليمه شيئا آخر يكون مطابقا للعينة بل إنه يستطيع بمقتضى المادة ٢٠٥ مدنى أن يحصل على شئ مطابق للعينة على نفقة البائع ، بعد استئذان القاضى ، ودون استئذانه فى حالة الاستعجال .

الأمر الثانى : أن يطالب بفسخ عقد البيع لإخلال البائع بتنفيذه لالتزامه ، مع التعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه وفقا للقواعد العامة .

الأمر الثالث : للمشترى أن يقبل المبيع غير المطابق للعينة مع إنقاص الثمن بنسبة الفرق بين الشئ المسلم والشئ الذى كان يجب تسليمه ، إن رأى فى ذلك مصلحته فهو لايجبر – بداهة- على ذلك[١].

---

(١) السنهورى ص ٢٣٧ ومابعدها – محمد شكرى سرور ص ١٣١ ومابعدها – أنور سلطان ص ٥٦ .

٣٦ـ طبيعة البيع بالعينة :

البيع بالعينة بيع بات من الوقت الذى اتفق فيه المتعاقدان على النموذج الذى تم البيع على أساسه . وما وظيفة العينة إلا تعيين محل البيع .

فمطابقة المبيع للعينة ليست إذن شرطا واقفا أو شرطا فاسخا يعلق عليه البيع بحيث إذا لم تتحقق هذه المطابقة يسقط البيع أو ينفسخ، وإنما المطابقة مجرد شرط لصحة التسليم [١]. وتقوم فيه العينة مقام تعيين المبيع من جهة ومقام علم المشترى علما كافيا به من جهة أخرى . وفى هذا يختلف عن البيع بشرط المذاق حيث لاينعقد البيع إلا بإعلان المشترى قبول المبيع ، كما يختلف عن البيع بالتجربة حيث البيع معلق على شرط واقف أو فاسخ [٢].

---

(١) محمد شكرى سرور ص ١٢٩ – عبد الناصر العطار ص ٤٨ .

(٢) محمد كمال عبد العزيز ص ٩٠ .

مـــادة (٤٢١)

١- فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنــه مــن التجربــة . فــإذا رفــض المشترى المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليهــا ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشترى مع تمكنــه مــن تجربــة المبيع اعتبر سكوته قبولا .

٢- ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقــف هــو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيــع معلــق على شرط فاسخ .

الشـــــرح

٣٧ـ المقصود بالبيع بشرط التجربة (Lavente àLessai)

المقصود بالبيع بشرط التجربة ، هو البيع الــذى يحــتفظ فيــه لمشترى بحق تجربة المبيع ليتبين صلاحيته للغرض المقصود منه و ليستوثق من أن المبيع هو الشئ الذى يطلبه ، ولا يكون مجــرد ؤية المبيع كافيا للاستيثاق من ذلك [١].

---

(١) الدكتور لاشين الغاياتى البيع بشرطة التجربة – دراسة مقارنــة بحــث بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا العدد ١٧ ذو الحجة ١٤٢٤ هـــ- يناير ٢٠٠٤ م الجزء الأول ص ٢٣ ومابعدها .

ويصح أن يأتى شرط التجربة – وهذا هو الأصل – فى الاتفاق نفسه بشرط صريح فيه وهذا هو الأصل . وفى هذه الحالة لاتثور صعوبة ما حول أمر وجوده ، ولايبقى بعد ذلك إلا تكييف الاتفاق المقترن به وإعطاؤه وصفه القانونى الصحيح .

كما يصح أن يأتى هذا الشرط ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد وبصفة خاصة مما جرت به العادة ومن طبيعة الأشياء . كما هو الحال فى شراء الملابس الجاهزة حيث جرى العمل على عدم الارتباط بها نهائيا إلا بعد أن يقيسها المشترى ويجدها مناسبة له(١). وكذلك بالنسبة لشراء آلات ميكانيكية للزراعة أو الصناعة أو لغير ذلك من الأغراض ، إذا كانت من الدقة بحيث لايستوثق من صلاحيتها إلا بعد تجربتها ، وشراء سيارة مستعملة لم يسبق للمشترى فحصها وشراء كلاب الصيد وخيل السباق (٢).

أما حيث لاتفيد الظروف وجود هذا الشرط فلا بد من الاتفاق عليه صراحة عند التعاقد .

والبيع بالتجربة يرد غالبا على المنقولات كما يبين من الأمثلة السابقة ، غير أنه لايوجد ما يمنع من أن يقع البيع بالتجربة على

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٨١- عبد المنعم البدراوى ص ١٦٤- الدكتور جلال العدوى عقد البيع طبعة ١٩٨٨ ص ٨٢ .

(٢) السنهورى ص ١٣٠ ومابعدها – محمد شكرى سرور ص ١٠٦ ومابعدها – لاشين الغاياتى ص ٢٥ .

عقار ، فيشترط المشترى لمنزل يريد سكناه أن يكون البيع بشـــرط التجربة .

وليس يخفى أهمية هذا النوع من البيع للمشترى ، من حيث مـــا يوفره له من مزية عدم ارتباطه نهائيا بالعقد إلا بعد أن يقنع بالشئ المبيع .

٣٨ـ المدة اللازمة لتجربة الشئ المبيع :

يخضع تحديد مدة تجربة الشئ المبيع لاتفاق الطرفين . بحيـــث إذا انقضت هذه المدة كان على المشترى أن يعلن رفضه أو قبولـــه للمبيع .

وقد تتعين المدة بموجب العرف أو ما استقر عليه التعامل بـــين الناس كما فى بيع الخيول والسيارات فى بعض البلاد .

وإذا لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين أو عرف يحدد مدة التجربـــة فإنه يجوز للبائع تحديد مدة معقولة لإبـــداء رأى المشـــترى فيهـــا بالرفض أو القبول بعد نتيجة التجربة [(١)] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية ـ بأن :

إذ اشترط فى عقد البيع أن الملكية فى المبيع تبقى للبائع حتـــى يجربـــه المشترى ، فإن وجود المبيع عند المشترى فى فترة التجربة إنما يكـــون على سبيل الوديعة . فإذا هو تصرف فيه فإنه يكون قد خـــان الأمانـــة ويحق عقابه بمقتضى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات " .

(طعن رقم ٣ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٠/١١/٢٥)

وإذا وجد المشترى أن هذه المدة غير معقولة ولم تكف للتجربة كان له اللجوء إلى القضاء طالبا مد هذه المدة المعينةمن قبل البائع.

وفى هذا الحالة يكون لقاضى الموضوع السلطة المطلقة فى الأخذ بما استقر عليه التعامل (١).

٣٩ـ من يقوم بالتجربة ؟

إذا اتفق على شروط معينة للتجربة ، التزم بها الطرفان .

فإذا لم يتفق على شروط خاصة للتجربة ، كان للمشترى أن يقوم بالتجربة بنفسه أو لمن يعهد إليه بذلك .

والأصل أن وجود البائع غير لازم للقيام بالتجربة ما لم يوجد عرف أواتفاق على خلاف ذلك (٢).

٤٠ـ تقاعس البائع عن تمكين المشترى من تجربة المبيع :

يلتزم البائع بتمكين المشترى من تجربة الشئ المبيع ، ويكون ذلك عادة بتسليمه إياه لاستعماله بنفسه أو لمن يعهد إليه بذلك ، كما ينتقل هذا الحق إلى ورثة المشترى .

فإذا امتنع البائع عن تمكين المشترى من تجربة المبيع ، جاز للمشترى أن يطلب تنفيذ ذلك الالتزام عينا إن كان ممكنا وله فى سبيل ذلك أن يطلب الحكم على البائع بغرامة تهديدية لحمله على

---

(١) لاشين الغاياتى ص ٢٧ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ١٣١- عبد الناصر العطار ص ٤٩- لاشين الغاياتى ص ٥٦ .

مكين المشترى من التجربة ، كما يجوز للمشترى أن يطلب الفسـخ مع التعويض إن كان له محل (م١٥٧/١ مدنى) [١].

٤١ـ إعلان المشترى قبوله أو رفضه للمبيع :

إذا مكن البائع المشترى من تجربة المبيع ، كان عليه أن يقـوم بالتجربة وأن يعلن البائع بقبوله المبيع أو رفضه فى المدة المتفـق عليها . فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشترى اعتبر سكوته قبولا للمبيع [٢].

ويراعى أن القانون لم يشترط شكلا خاصا لإعـلان المشـترى القبول والرفض ، ومن ثم فإنه يجوز له ذلك بكافة الطـرق[٣]، وإن كان من المستحسن أن يكون القبول أو الرفض ثابتا بالكتابة حتـى يسهل عليه إثباته عند المنازعة فى ذلك .

٤٢ـ مدى حق المشترى فى رفض البيع بعد التجربة :

التجربة التى يعلق عليها البيع قد تكون بأحد قصدين :

الأول : التحقق من صلاحية المبيع للغرض المقصـود منـه . وهنا يقترب معنى صلاحية المبيع من معنى خلـوه مـن العيـوب

---

(١) جلال العدوى ص ٨٣- محمد لبيب شنب ص ٨٣ .

(٢) خميس خضر ص ٦٥ وهامش (١) - لاشين الغاياتى ص ٢٧- جلال العدوى ص ٨٣ .

(٣) عبد الناصر العطار ص ٥٠ .

الخفية إذ المبيع غير الصالح منطويا عادة على عيب خفى يجعلـه غير صالح .

الثانى : الاستيثاق من أن المبيع يستجيب لحاجة المشترى الشخصية فإذا اشترى ملابسا أو منزلا للسكنى بشرط التجربة ، أو شيئا من الأشياء التى يتفاوت فيها التقدير تفاوتا شاسعا ما بين شخص وآخر كالتحف الفنية وخيول السباق وكلاب الزينة أو الصيد. فالعبرة ليست بصلاحية المبيع فى ذاته بل بملاءمته للمشترى. فقد تكون الملابس أو المنزل أو التحف أو الخيول أو الكلاب صالحة فى ذاتها ، ولكن المشترى لم ترقه الملابس أو لم يرتح للسكنى فى المنزل، أو لم يجد فى الأشياء الأخرى صفات خاصة كان يتطلبها [١].

ويرتب رأى فى الفقه على هذه التفرقة ، أنه فى الحالة الأولى إذا تبين من التجربة أن الشئ المبيع صالح للغرض المقصود منه ، فلا يملك المشترى أن يرفضه ، وإذا وقع خلاف حسمه الخبراء .

أما فى الحالة الثانية ، فالعبرة ليست بصلاحية المبيع فى ذاته ، بل بملاءمته للمشترى . فله عندئذ أن يرفض المبيع ، والقول فى ذلك قوله هو لا قول الخبراء .

ويمضى أنصار هذا الرأى قائلين إن المذكرة الإيضاحية

---

(١) السنهورى ص ١٣٢ – محمد شكرى سرور ص ١١٢ .

للمشروع التمهيدى إذ تقول " ولم يقتصر المشروع على إدخال هذا التعديل ، بل بين كيف تتم التجربة ، فقرر إلـــزام البـــائع بتمكـــين المشترى من تجربة المبيع ، وللمشترى حرية القبول أو الـــرفض، فهو وحده التى يتحكم فى نتيجة التجربة . وقد جارى المشروع فى ذلك التقنين الألمانى (م٤٩٥) والتقنين النمساوى (م١٠٨٠ معدلـــة) وتقنين الالتزامات السويسرى (م٢٢٣) والتقنين البولونى (م٣٣٩) ، فإن المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى يتطلـــب فيهـــا أن تناسب المشترى مناسبة شخصية ، فهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك " ، فإن ما ورد بالمذكرة الإيضاحية إنما يفرض الأمر الثـــانى ويعتبره هو المتفق عليه بين المتبايعين ، ولكن ذلك لايمنع مـــن أن يتفقا على أن المقصود بالتجربة هو الأمـــر الأول ، أى أن يكـــون الشئ صالحا في ذاته للأغراض المقصودة منه ، ومتى وقع خلاف بين الطرفين فى ذلك حسم الخلاف أهـــل الخبـــرة . فـــالعبرة إذن باتفاق المتبايعين ، فإن قصدا من التجربة صلاحية الشئ فى ذاتـــه كان للخبراء القول الحاسم ، وإن قصدا منها مناسبة الشئ لحاجـــة المشترى الشخصية كان قول المشترى هو القول الأخير . وإذا وقع شك فى قصدهما ، فالمفروض – نظرا لعبارة النص ولما جاء فـــى المذكرة الإيضاحية – أن المقصود هنـــا مناســـبة المبيـــع لحاجـــة المشترى ، فيكون للمشترى القول الحاسم فى صلاحية المبيع [1].

---

(١) السنهورى ص ١٣٢ ومابعدها– محمد شكرى سرور ص ١١٢ ومابعدها.

بينما يذهب الرأى الغالب إلى أن النص اعتبر البيع مع شـرط التجربة معلقا على مشيئة المشترى بغير معقب ، فله حرية الرفض دون إبداء الأسباب ، ومن ثم لاتجوز مراجعته فى ذلـك ، ولـيس للبائع بالتالى إذا ما رفض المشترى المبيع بعد تجربته ، أن يثبـت أن الشئ كان ملائما للغرض الذى كان يريده المشـترى . ويسـاند أصحاب هذا الرأى ما يذهبون إليه بما جـاء بعبـارات المـذكرة الإيضاحية سالفة الذكر [١].

ولكنهم يضيفون أنه لما كانـت هـذه القاعـدة مكملـة لإرادة المتعاقدين فهى لاتسرى إلا إذا لم يتفق على خلافهـا صـراحة أو ضمنا . فقد تتجه إرادة المتعاقدين إلى أن يكون الشرط هو ملاءمة المبيع لغرض معين وعندئذ يجوز للبائع إذا رفـض المشـترى أن يتظلم من الرفض وتستعين المحكمة بأهل الخبرة لمعرفـة ملائمـة المبيع للغرض الذى أعد له لتقضى بتحقق الشرط أو تخلفه [٢].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٩٦- منصور مصطفى منصـور ص ٨٥- أنـور سلطان ص ٥٧ - خميس خضر ص ٦٥- محمد كمامـل مرسـى ص ١٥٥- محمد لبيب شنب ص ٨٤ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٨٥ ومابعدها - سـليمان مـرقس ص ٦٩- عبد المنعم البدراوى ص ١٦٧- خميس خضر ص ٦٥- محمـد لبيب شنب ص ٨٤ .

٤٣ـ الأصل أن البيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٢١ على أن : " ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ " .

فالأصل أن يكون البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المشترى المبيع بعد تجربته . ما لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على اعتباره بيعا معلقا على شرط فاسخ هو عدم قبول المشترى المبيع بعد تجربته .

ومن ثم إذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على أنهما أرادا شرطا فاسخا ، أو كان هناك شك فيما قصدا إليه ، كان المفروض أنها أراد أن تكون التجربة شرطا واقفا [١].

ويترتب على كون البيع معلقا على شرط واقف ما يأتى :

١- أن آثار العقد جميعا تظل موقوفة إلى حين نتيجة التجربة بما يتفرع عليه من أن البائع هو الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع أثناء التجربة ومن باب أولى قبل إجرائها باعتباره لايزال مالكا . وهو حكم تمليه كذلك النية المفترضة للطرفين . إذ ليس من المتصور أن تكون لدى المشترى نية تحمل تبعة شئ لم يصر مالكا له بعد بصفة نهائية وكان من المحتمل جدا لو لم يهلك أن يرفضه بعد تجربته .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٥٥- لاشين الغاياتى ص ٤١ .

٢- أنه إذا تحقق الشرط بتمام التجربة وقبول المشترى للمبيع انسحب أثر هذا القبول إلى وقت إبرام العقد ، واعتبر المشترى قد تملك المبيع من ذلك الحين .

٣- يتفرع على أن المشترى يعتبر قد تملك من يوم إبرام العقد، أن يكون له كمالك أن يتمسك بحقه قبل الأغيار من دائنى البائع ، وأن يسترد المبيع من أيدى مجموعة الدائنين فى حالة إفلاس البائع.

٤- إذا تخلف الشرط بأن رفض المشترى المبيع ، أو استحالت التجربة بهلاك الشئ المبيع مثلا ، فإن البيع يعتبر لم ينعقد أصلا . على أنه يلاحظ أن الشرط يعتبر قد تحقق حكما ، إذا كان المشترى قد امتنع عن القيام بالتجربة رغم تمكين البائع له من ذلك فتسبب بخطئه على هذا النحو فى منع تحقق الشرط . وللبائع فى هذه الحالة أن يستصدر حكما باعتبار البيع نهائيا [١].

وتبقى الحقوق العينية التى ترتبت على المبيع من جهة البائع فى خلال مدة التجربة ، وتزول الحقوق العينية التى ترتبت على المبيع من جهة المشترى فى خلال مدة التجربة .

ورغم أن الشرط هنا هو شرط إرادى لكن التعليق عليه يكون صحيحا ، لأن المشترى هو الدائن فى هذا الشرط ، والشرط الإرادى الذى يبطل العقد بسببه هو الشرط الذى يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم أى المدين .

---

(١) محمد شكرى سرور ص ١٠٨ ومابعدها .

٤٤- تعليق عقد البيع بالتجربة على شرط فاسخ :

ذكرنا سلفا أن الأصل هو اعتبار البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف ، وأن ذلك لايمنع الطرفين من الاتفاق على أن يجعلا من إجراء التجربة وثبوت عدم نجاحها شرطا فاسخا ، بل قد يبين اتجاه نيتهما إلى ذلك من ظروف التعاقد .

ويترتب على هذا الاتفاق الصريح أو الضمنى أن يكون البيع نافذا منذ البداية ، ويصبح المشترى مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ ، بينما يصبح البائع مالكا له ملكية على شرط واقف . فالشرط الفاسخ بالنسبة للمشترى ، وهو أيضا الشرط الواقف بالنسبة إلى البائع هو عدم قبول المشترى للمبيع وإعلان البائع بهذا الرفض.

فإذا رفض المشترى المبيع وأعلن البائع بذلك انفسخ البيع بأثر رجعى واعتبر المشترى كأنه لم يملك المبيع وتزول الحقوق التى ترتبت من جهة المشترى على المبيع وتبقى تلك التى ترتبت من جهة البائع . أما إذا تخلف الشرط- أو صار فى حكم المتخلف بأن سكت المشترى عن القبول أو الرفض- فإن البيع يصبح باتا ويعتبر المشترى مالكا للمبيع ملكية تامة منذ البداية ، وتزول ملكية البائع بأثر رجعى . وتبقى الحقوق التى ترتبت من جهة المشترى على البيع ، بينما تزول الحقوق التى ترتبت من جهة البائع .

وإذا هلك الشئ بسبب أجنبى، هلك على المشترى لا على البائع، لأنه وقت أن هلك كان ملكا للمشترى . وذلك حتى لو تحقق الشرط فليس لتحققه أثر رجعى (م٢٧٠/٢ مدنى) [١].

(١) السنهورى ص ١٣٦ ومابعدها .

مــادة (٤٢٢)

إذا بيع الشئ بشرط المذاق كان للمشترى أن يقبل البيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التــى يعينهــا الاتفــاق أو العرف ولاينعقد البيع إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا الإعلان .

الشرح

٤٥ـ المقصود بالبيع بشرط المذاق (Lavente àLadègustation) :

البيع بشرط المذاق هو ذلك النوع مــن البيــع الــذى لايعتبــر التراضى فيه قد تم إلا بعد أن يذوق المشترى الشئ المبيع ويعلــن للبائع استساغته له ، فهو ليس بيعا معلقا على شرط .

ويجرى هذا البيع فى الأشياء التى يشترط الناس عادة اختبــار طعمها قبل شرائها لاختلاف الذوق الشخصى بالنسبة لها ، كالزيت والخل والنبيذ وبعض أنواع الفاكهة وغيرها .

وشرط المذاق قد يكون صريحا بأن ينص عليه بالعقــد ، وقــد يكون ضمنيا يستخلص من الظروف والملابسات ، ومن أهم تلــك الظروف طبيعة المبيع وما جرى عليه التعامل فى مثله ، كان يكون مما لايدرك كنهه إدراكا تاما إلا بمذاقه كالأمثلة السابقة .

وينص القانون المدنى الفرنسى فى المادة ١٥٨٧ منه علــى أن: "فى الخمر والزيت وغيرهما من الأشياء التى جرت العادة علــى تذوقها قبل شرائها لا يكون هناك بيع طالما أن المشترى لم يــذقها

ويتقبلها " ، والمقرر أن الأشياء الواردة بالمادة وردت على سبيل المثال لا الحصر [١].

فإذا بيع شئ من ذلك ، ولم يتفق الطرفان على استبعاد شرط المذاق ، ولم تدل الظروف والملابسات على أن الطرفين قد أرادا استبعاده ، فذلك يعنى أنهما قصدا أن يكون المبيع بشرط المذاق [٢].

ومن الظروف والملابسات التى يستخلص منها استبعاد شرط المذاق ، أن يكون المشترى تاجرا يتجر فى مثل هذه الأشياء ، واشترط على البائع بالجملة أن يبيعه منها كميات معينة ، على أن تكون من صنف معين وعلى أن ترسل إلى مكان المشترى وهو بعيد عن مكان البائع ، فهذه الظروف كلها يمكن أن يستخلص منها أن البيع بات وقد نزل المشترى عن شرط المذاق ، فهو تاجر يبيع لعملائه وليس لذوقه الشخصى دخل فى الصفقة ، وقد اشترط الصنف الذى يريد . وهذا أمر يترك لتقدير الخبراء عند النزاع ، وإرسال البضاعة إلى مكان بعيد يفهم منه أن الصفقة قد تمت وإلا لما خاطر البائع بإرسالها إلى هذا المكان البعيد قبل أن تتم [٣].

(١) محمد شكرى سرور ص ١١٣ ومابعدها – محمد لبيب شنب ص ٧٨.
(٢) السنهورى ص ١٣٩ – سليمان مرقس ص ٧١– خميس خضر ص٧٤.
(٣) السنهورى ص ١٣٩ .

٤٦ـ تكييف البيع بشرط المذاق :

البيع بشرط المذاق وإن كان لايعدو أن يكون نوعا من التجربة، وسيلتها حاسة التذوق ، فكان المتصور إعطاء البيع بالمذاق والبيع بالتجربة نفس الحكم . ولكن لا الشارع الفرنسى ولا الشارع المصرى نهج هذا السبيل ، وإنما جعلا لبيع المذاق حكما مختلفا.

فالبيع بشرط المذاق هو مجرد وعد ببيع . فالواعد (البائع) يعد الطرف الآخر (المشترى) بأن يبيع له الشئ إذا ما ذاق الأخير الشئ الموعود ببيعه ثم أبدى رغبته فى شرائه [1].

فالعقد ليس بيعا معلقا على شرط واقف إذا ما تحقق كان لتحققه أثر رجعى . فالمشترى لايلتزم بشئ إلا أن يذوق الشئ فيبدى رغبته فى شرائه . فإذا أعلن رغبته فى القبول فلا ينعقد البيع إلا فى وقت هذا الإعلان طبقا للقاعدة العامة فى الوعد بالعقد وهو ما نصت عليه المادة ٤٢٢ صراحة بقولها : " ... ولاينعقد البيع إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا الإعلان " .

وهذا الوعد بالبيع صحيح لتضمنه كل أركان البيع النهائى ومدة إظهار المشترى قبوله الشراء خلالها إذا استساغ الشئ المبيع ، أو المدة التى يحددها العرف إذا لم يتم الاتفاق عليها .

---

(١) السنهورى ص ١٤١- اسماعيل غانم ص٩٣- منصورمصطفى منصور ص ٨٩- محمد لبيب شنب ص ٧٨- محمد شكرى سرور ص ١١٤ .

٤٧ـ آثار تكييف البيع بشرط المذاق بأنه وعد بالبيع :

يترتب على تكييف البيع بشرط المذاق بأنه وعد بالبيع ما يأتى:

١- أن البائع يكون ملتزما بوضع الشئ المبيع تحت تصرف المشترى فى الموعد المتفق عليه أوفى الموعد المناسب ، وذلك حتى يتمكن من ذوقه .

وللمشترى فى سبيل حمل البائع على تنفيذ هذا الالتزام أن يحصل على حكم ضده بغرامة تهديدية فإذا راجع البائع نفسه بعد هذا الحكم ونفذ التزامه رفع عنه القاضى الغرامة .

أما إذا لم يمتثل البائع ولم يقدم المبيع للمشترى ليتذوقه ، كان للمشترى مطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من أضرار طبقا للقواعد العامة [١].

٢- ينعقد البيع بإعلان المشترى للبائع استساغته للمبيع خلال المدة المحددة أو التي يجرى عليها العرف فى حالة عدم الاتفاق على مدة .

وكما يكون القبول صريحا فإنه قد يستخلص ضمنا من الظروف كتسلم المشترى المبيع [٢].

٣- أنه إذا مضت المدة المحددة فى الاتفاق أو العرف لإعلان المشترى قبوله ، وسكت المشترى مع تمكنه من ذوق الشئ ، فإن المبيع لاينعقد ويسقط الوعد ، ويتحلل الواعد بالبيع من التزامه .

---

(١) جلال العدوى ص ٧٨ ومابعدها .

(٢) خميس خضر ص ٧٤ .

وفى هذا فارق بين بيع المذاق والبيع بشرط التجربة ، إذ يعتبر سكوت المشترى فى الأخير مع تمكنه من تجربة المبيع قبولا له .

٤- أنه إذا أعلن المشترى قبوله الشراء فى المدة المعينة فى الاتفاق أو التى يعينها العرف ، فإن البيع ينعقد وينتج آثاره من وقت إعلان هذا القبول فقط دون أثر رجعى . وعلى هذا نصت المادة ٤٢٢ صراحة .

وفى هذا فارق آخر بين البيع بالمذاق والبيع بشرط التجربة .

ويعنى هذا الحكم إلى أنه إلى حين هذا الوقت يظل البائع مالكا للشئ ، وتظل بالتالى على عاتقه تبعة هلاكه [١].

٤٨ـ من الذى يقوم بالمذاق ؟

ذهب رأى إلى أن الذى يذوق المبيع هو المشترى شخصيا ، لأن المذاق يتمخض فى الاستيثاق من مناسبة الشئ لذوق المشترى، وحتى لو كان المشترى تاجرا واشترط مذاق المبيع ، فالعبرة بذوقه الشخصى [٢].

ويؤخذ من صياغة المادة ١٥٨٧ من القانون المدنى الفرنسى الخاصة ببيع المذاق أن على المشترى اختيار البيع بنفسه ، وأنه لايجوز أن يعهد بهذا العمل إلى الغير إلا إذا اتفق على ذلك صراحة فى العقد .

---

(١) محمد شكرى سرور ص ١١٧ .

(٢) السنهورى ص ١٤٠.

غير أننا نؤيد ما ذهب إليه البعض الآخر من أنه يجوز أن يتم المذاق إما بمعرفة المشترى نفسه أو بمعرفة أحد من الأغيار يكلفه المشترى بأداء هذا العمل ، طالما أنه ارتضى ذلك [١].

والمذاق لابد أن يسبق التسليم فورا ، بحيث إذا تسلم المشترى المبيع اعتبر تسلمه رضاء به وقبولا له بعد مذاقه [٢].

٤٩ـ مكان المذاق :

يكون تمكين المشترى من المذاق أو من يعهد إليه بذلك في المكان المتفق عليه ، فإن لم يوجد اتفاق ففى المكان الذى يجب فيه تسليم المبيع. والغالب أن يكون هو مكان وجود الشئ وقت التعاقد .

٥٠ـ مدى سلطة المشترى فى القبول أو الرفض :

يخضع الرضاء بالشراء فى هذا النوع من البيوع لمحض مشيئة المشترى . فهو وحده الذى يقدر بلا معقب عليه ، ما إذا كان قد استساغ مذاق الشئ أم لا .

وهذا ما تفصح عنه عبارة نص المادة ٤٢٢ مدنى من أنه: "كان للمشترى أن يقبل البيع إن شاء "[٣].

---

(١) أنور سلطان ص ٦١- منصور مصطفى منصور ص ٨٩ .

(٢) السنهورى، ص ١٤٠ .

(٣) محمد لبيب شنب ص ٧٩- عبد المنعم البدراوى ص ١٧٠- أنور سلطان ص ٦٤ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة ، لا فى أن المشترى حر فى القبول أو الرفض فى مدة يحددها الاتفاق أو العرف، فالاثنان حكمهما واحد فى ذلك ، ولكن فى أن البيع لايعتبر معلقا على شرط واقف أو فاسخ ، بل هو لايتم إلا من وقت إعلان المشترى للقبول دون أثر رجعى. فبيع المذاق ، قبل قبول المشترى، إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد "[١].

وإذا رفض المشترى البيع فلا يجوز للبائع أن يطالبه باختيار أصناف أخرى ، كما لايجوز للمشترى كذلك إلزام البائع بتقديم صنف آخر لاختباره [٢].

غير أن الوعد قد يكون ملزما للجانبين . ويتحقق ذلك إذا لم يكن للموعود له بالمذاق حرية مطلقة فى قبول المبيع أو رفضه ، بل اتضح من الاتفاق أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى أنه يجب أن يبنى المشترى رفضه على أساس ، فلا يصح له الرفض إذا اتضح أن المبيع بعد مذاقه كان مطابقا للغرض المقصود منه ، وقد يستفاد من طبيعة المعاملة قصد المتعاقدين تقييد حرية المشترى فى قبول المبيع أو رفضه بعد مذاقه ، كما إذا كان المشترى تاجرا فى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٨ .

(٢) جلال العدوى ص ٧٩ .

الزيوت أو الأنبذة فلا تكون العبرة بملاءمة المبيع لذوقه الشخصي ولا يكون له مطلق التقدير ، بل يجوز الالتجاء في ذلك إلى تقدير أهل الخبرة ليقدروا جودة الصنف أو مطابقته للمألوف عند الناس . أي أن الوعد في هذه الحالة يكون متضمنا بجانب الوعد بالبيع وعدا بالشراء ، على أن هذا الوعد الأخير يكون معلقا على شرط واقف هو ملاءمة الشئ للغرض المقصود [(١)].

٥١ـ مقارنة بين بيع المذاق والبيع بشرط التجربة :

١- البيع بالمذاق ، بخلاف البيع بالتجربة يراد به محض التثبت من ملاءمة الشئ لذوق المشترى ، ولا يمكن أن يقصد به الاستيثاق من صلاحية الشئ في ذاته ، فلا يجوز في المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء .

٢- البيع بالمذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشترى المبيع ، أما التجربة فتكون عادة بعد التسليم .

٣- بيع المذاق يبدأ – ما لم يتفق على خلاف ذلك – بأن يكون وعدا ملزما لجانب واحد هو جانب البائع ويكون المشترى حرا في قبول المبيع أو عدمه .

أما البيع بشرط التجربة ، فيبدأ بيعا صحيحا ملزما للجانبين ،

---

(١) اسماعيل غانم ص ٩٣- منصور مصطفى منصور ص ٩٠- خميس خضر ص ٧٥.

ولكنه يكون معلقا على شرط واقف ، هو بحسب إرادة العاقدين قبول المشترى بعد التجربة .

٤- يكفى السكوت فى بيع التجربة لقبول المشترى البيع طالما لم يعلن رفضه ، أما فى البيع بشرط المذاق فلا يكفى السكوت لقبول المبيع بل لابد من إعلان قبوله .

٥- إذا تحقق القبول فى البيع بشرط التجربة اعتبر الشرط الواقف قد تحقق ، وكان لتحققه أثر رجعى ، فينتج البيع آثاره من وقت انعقاده وليس من وقت القبول أو عدم الرفض ، أما فى البيع بشرط المذاق فلا ينعقد إلا من وقت القبول .

فإذا أوقع أحد دائنى البائع الحجز على المبيع قبل موافقة المشترى التالية للمذاق أو التجربة ، جاز للمشترى بعد القبول أن يطلب رفع الحجز عن المبيع إذا كان البيع بشرط التجربة لأن الملكية تنتقل إليه مستندة إلى وقت البيع ، ولم يجز له ذلك إذا كان البيع بشرط المذاق لأن الملكية لاتنتقل إليه إلا من وقت القبول الذاتى للمذاق .

وكذلك إذا أفلس البائع قبل المذاق أو التجربة ، فيجوز للمشترى بشرط التجربة أن يطالب أمين التفليسة بتسلمه السبيع باعتباره مملوكا له ولايجوز ذلك للمشترى بشرط المذاق [١].

---

(١) راجع سليمان مرقس ص ٧٣ ومابعدها-السنهورى ص ١٤٢ .

مادة (٤٢٣)

١- يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد .

٢- وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب ، عند الشك، أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى ، فإذا لم يكن فى مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية .

الشرح

٥٢ـ تعريف الثمن :

الثمن مبلغ من النقود يلتزم المشترى بأدائه للبائع فى مقابل المبيع .

والثمن ركن من أركان عقد البيع ، فإذا تخلف هذا الركن، فلا ينعقد البيع .

وقد ذكرنا سلفا أن الثمن النقدى هو الذى يميز البيع عن المقايضة فى القانون المدنى .

ويجب أن تتوافر فى الثمن شروط ثلاثة يمكن استخلاصها من التعريف السابق هى :

١- أن يكون نقودا .

٢- أن يكون جديا .

٣- أن يكون مقدرا أو قابلا للتقدير .

ونعرض لهذه الشروط فيما يلى :

الشرط الأول :

أن يكون الثمن نقودا :

يتميز البيع عن المقايضة بأن أحد المحلين المتبادلين فى البيع يجب أن نقودا وهو الثمن . فإذا كان الثمن بغير النقود ، فالعقد مقايضة .

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدى تنص صراحة على هذا الشرط فى البيع . فكانت تقضى بأنه : "يجب أن يكون الثمن مقدرا بالنقد " وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة ، لأنها مستفادة من تعريف البيع (١).

وقد عرف البيع فى المادة ٤١٨ بأنه : " عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شئ أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى " .

وقد ذكرنا سلفا أنه إذا كان مقابل نقل الحق فى العقد أموالا يمكن تحويلها بسهولة إلى نقود ، وما يمكن معرفة قيمته نقدا بمجرد معرفة السوق ، كالسبائك المالية والأوراق المالية ، فإن العقد يكون مقايضة لا بيعا .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٣٠ ومابعدها .

وأنه إذا كان المعدل النقدى فى المقايضة هو العنصر الغالب كان العقد بيعا لا مقايضة .

وأنه إذا كان مقابل نقل الحق دخلا دائما أو إيرادا مرتبا مدى الحياة ، فإن العقد يكون بيعا .

غير أنه لاتهم طريقة سداد الثمن ، فقد يسدد بالنقد فعلا ، وقد يتفق على أن يتم سداده بأسهم أو سندات أو غلال أو أقطان ، أو عن طريق حوالة المشترى للبائع حقا له من النقود فى ذمة آخر[١].

الشرط الثانى :

يجب أن يكون الثمن جديا :

الثمن هو القيمة التى يقدر المتعاقدان بها المبيع . وعادة يكون الثمن متناسبا مع قيمة المبيع مقدرة بحسب سعر السوق، ولكن قد يحدث أن يزيد الثمن أو ينقص عن هذه القيمة ، ولايعتد القانون بهذا الاختلاف الموجود بين الثمن وقيمة المبيع إلا فى حالتين حالة استغلال أحد المتعاقدين لما فى المتعاقد الآخر من طيش بين أو هوى جامح (م١٢٩) وقد سبق التعرض لها ، وفى حالة الغبن فى بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية (م٤٢٥) وسنعرض لها فى شرح المادة الأخيرة .

---

(١) السنهورى ص ٣٦٥ هامش (١)- عبد الناصر العطار ص ٦٩ .

وإذا كان القانون لم يعتد فى غير هاتين الحـالتين بـالاختلاف الذى قد يوجد بين قيمة المبيع وثمنه ، إلا أن هذا لايمنع مـن أنـه يشترط فى الثمن بصفة عامة أن يكون حقيقيا أى جديا يكون فى نية البائع مطالبة المشترى بأدائه ، ولذلك لايعتبر الثمن موجودا إذا كان صوريا أو تافها . أما الثمن البخس فينعقد به البيع ونعرض لـذلك التفصيل فيما يلى :

٥٣ـ الثمن التافة :

ذكرنا أنه يشترط فى الثمن أن يكون جديا، بمعنى أن يكون على قدر من التناسب مع قيمة المبيع ، فإذا انعدم كل تناسب بينهما كـان الثمن غير جدى ، ويطلق عليه " الثمن التافه " .

فإذا أبرم البيع فى مقابل ثمن منخفض بشكل كبير بحيث لايمكن أن يتناسب مع قيمة الشئ كان الثمن تافها ، وكان البيـع بـاطلا ، فالثمن التافه إذن هو فى حكم الثمن المنعدم، كأن ببيع شخص عشرة أفدنة مثلا بعشرة جنيهات .

فمثل هذا العقد يكون ناقصا ركنا من أركانه وهو الثمن .

ويلاحظ أنه فى كثير من الحالات يمكن أن يستخلص من تفاهة الثمن المذكور فى العقد أنه ثمن غير حقيقى أى صورى لـم تتجـه إرادة المشترى إلى دفعه ولا إرادة البائع إلى اقتضـائه ، وعندئـذ يكون هذا الثمن ثمنا صوريا ، والثمن الصورى لاينعقد به بيع[١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٠٨ .

٥٤ـ الثمن الصورى :

لما كان الثمن عنصرا جوهريا فى البيع وجب أن تكون الإرادة الحقيقية للمتعاقدين قد اتجهت إلى وجوب دفعه . فإذا كـان الـثمن صوريا وهو الذى يذكر فى العقد لاستكمال شكله فلا يكـون العقـد بيعا لتخلف الثمن ، ويعتبر هبة مستورة فى شكل بيع . ومما يـدل على صورية الثمن أن يذكر فى العقد نفسه أن البائع أبرأ المشترى منه ففى هذه الحالة لا ينعقد البيع لتخلف الثمن ، ولا يعتبـر العقـد هبة مستورة تصح بغير الرسمية وفقا لنص المـادة ١/٤٨٨ مـدنى لأن صحة الهبة المستترة تستلزم أن يكون البيع ساترا فعلا للهبـة بحيث لايوجد ما يدل عليها . أما لو ثبت أن الإرادة اتجهـت إلـى وجوب دفع الثمن فالعقد ينعقد ولو أبرأ البائع المشترى منه فيما بعد لأن العبرة فى تحرى أركان العقد هى بوقت التعاقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن فى عقد البيع متـى كـان الثمن مسمى فيه فإن البيع يقتضى إطلاقا التزام المشترى بدفع الثمن المسمى . ولكن إذا كان الثمن لم يذكر فى العقد ، أو ذكر مع إبراء المتصرف له منه أو وهبه إليه ، فإن العقد فى هذه الحالة لايصـح أن يكون ساترا لهبة . لأن القانون وإن أجاز فى المادة ٤٨ مـدنى أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفا بعقد آخر إلا أنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفيا الأركان والشرائط اللازمة لصحته ".

(طعن رقم ٢٥ لسنة ٨ق جلسة ١٩٣٨/٦/٩)

٢- " إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن معين ، وكان منصوصا فيه على أن البائع تبرع لولده المشترى بهذا الثمن وعلى أن المشترى التزم بتجهيز أختيه وبالإنفاق عليهما وعلى أمه بعد وفاة أبيه ، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة ، فإنها لاتكون أخطات فى تكييفه . فإن مجرد النص على أن الولد تبرع بالثمن يكفى لاعتبار العقد هبة مكشوفة . أما ما التزم به الموهوب له فى ذيل هذا العقد من تجهيز أختيه ومن الإنفاق عليهما وعلى والدته بعد وفاة أبيه فلا يعدو أن يكون مقابلا للهبة ولايخرج عقدها عن طبيعته " .

(طعن رقم ٨٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢٢)

وهذه الصورية – كما أسلفنا – قد تكون ظاهرة فى العقد نفسه كما لو أبرأ البائع المشترى من الثمن فى العقد أو وهبه له أو ترك دفعه لمحض إرادته . ولكن فى الغالب ألا تكون هذه الصورية ظاهرة، ويمكن إثباتها وفقا للقواعد العامة ، فإذا كان العقد مكتوبا فلا يجوز للطرفين (أو خلفهما العام) إثبات الصورية إلا بالكتابة ، إلا فى الأحوال الاستثنائية التى يجوز فيها الالتجاء إلى الشهادة والقرائن . أما بالنسبة للغير فيجوز إثبات الصورية بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن[١] .

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٥٢ .

ومن القرائن القوية على الصورية أن يكون عجز المشترى عن دفع الثمن واضحا كل الوضوح ، بحيث لايعقل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجد ، وأن الثمن المذكور فى العقد ليس إلا ثمنا صوريا والعقد ليس إلا تبرعا . كما لو كان البيع صادرا من أب أو جد لطفل لايملك شيئا [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" .... بل إذا كان المستخلص من كافة ظروف الدعوى أن المشترى، وهو حفيد البائع ، لم يكن فى حالة تمكنه من دفع الثمن المبين فى العقد وأن هذا الثمن لم يذكر إلا بصفة صورية كان العقد فى الحقيقة عقد تبرع منجز أى هبة مستترة فى صورة عقد بيع ، والهبة الموصوفة بصفة عقد آخر صحيحة طبقا لنص المادة ٤٨ من القانون المدنى ولو لم تكن بعقد رسمى " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٦/٢)

إلا أنه لايجب أن يستفاد دائما من مجرد إعسار المشترى وعلم البائع بهذا الإعسار أنه ليس فى نية البائع استيفاء الثمن ، إذ قد يأمل بالرغم من إعسار المشترى أن يتدبر هذا الأخير أمر الثمن بطريقة ما لأنه كما يذهب القضاء المصرى لاتلازم بين إعسار المشترى وصورية الثمن .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٠٧ ومابعدها .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" لاتعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صوريا ، إذ لاتلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد . فإذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفا ما كان صوريا فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى إثباتا ليسره ومقدرته على دفع الثمن ، فإن هذا لايقدم ولا يؤخر " .

(طعن رقم ٥٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤١/١/٢)

٥٥- الثمن البخس :

الثمن البخس هو الذى يقل بكثير عن قيمة المبيع ، ولكنه لاينزل إلى حد الثمن التافة الذى لايعتد به ، ولايهم البائع الحصول عليه.

فالثمن البخس ، خلافا للثمن الصورى والثمن التافة ثمن جدى كان الحصول عليه هو الباعث الدافع للبائع على التزام بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، وهو لذلك يكفى لانعقاد البيع [1].

ومثل ذلك أن تكون قيمة المبيع السوقية ألف جنيه فيبيعه البائع بمائتى جنيه .

ويبين مما تقدم أن التفرقة بين الثمن التافة الذى يبطل البيع والثمن البخس إنما يرجع إلى قدر التفاوت بين قيمة المبيع والثمن المسمى . فلا يشترط التكافؤ بين الثمن وقيمة المبيع ، لأن تقدير

---

(١) مرقس ص ١٧٨ – عبد المنعم البدراوى ص ٢٠٩ .

الثمن متروك لحرية المتعاقدين، إنما يجب أن يكون العقد مستوفيا ركن الثمن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لايشترط أن يكون المقابل فى عقد البيع- الثمن- متكافئا مع قيمة المبيع بل كل ما يشترط فيه ألا يكون تافها . فالثمن البخس يصلح مقابلا لالتزامات البائع وادعاء هذا الأخير بأنه باع بما دون القيمة على علم منه بذلك تخلصا من تعرض الغير له فى الأطيان المبيعة وعجزه عن تسليمها لايكفى لإبطال البيع إلا أن يكون قد شاب رضاءه إكراه مفسد له " .

(طعن رقم ٩٦سنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٢/٨)

والثمن البخس لايجيز للبائع الطعن فى العقد إلا فى حالات استثنائية ، هى فى القانون المصرى حالة بيع عقار غير كامل الأهلية (م٤٢٥ مدنى) ، وحالة الاستغلال (م١٢٩ مدنى). ففى غير هاتين الحالتين لا أهمية لتعادل الثمن مع قيمة المبيع أو عدم تعادله.

٥٦ـ حالة البيع مقابل إيراد مدى الحياة مساو أو أقل من غلة المبيع :

أثارت التفرقة بين الثمن البخس والثمن غير الجدى الخلاف فى حالة بيع عقار مقابل إيراد مرتب لمدى حياة البائع ، إذا كان الإيراد مساويا لغلة العقار أو أقل منها .

فذهب القضاء الفرنسى ويؤيده بعض الشراح إلى أن الثمن فى هذه الحالة لايعتبر جديا لأن المشترى لايدفع شيئا من ماله الخاص بل من غلة العقار نفسه ، وعلى ذلك يكون المقصود بالعقد نقل ملكية الرقبة إلى المشترى حال حياة البائع ، ونقل الملكية إليه عند موت الأخير ، كل ذلك بدون مقابل ، ولذا يبطل العقد كبيع ويصبح هبة مستترة [١].

بينما ذهب رأى آخر فى فرنسا ومصر إلى أنه قد تكون للبائع مصلحة فى التصرف فى عقاره على هذا النحو، وهذه المصلحة تتمثل فى التخلص من متاعب إدارة الملك .

وفى ضمان الحصول على إيراد ثابت بالرغم من التقلبات الاقتصادية ، وبالرغم مما قد يلحق العقار من هلاك كلى أو جزئى، ولذا يجب اعتبار التصرف بيعا لأن الثمن المشروط فيه له صفة الجدية وإن كان بخسا [٢].

---

(١) نقض فرنسى أول مايو سنة ١٩١١ ، ١٩٢٥/٢/١٠، ١٩٣٠/١٢/٢٩، ١٩٣١/١/٢٦ .

(٢) نقض فرنسى ٦ مايو سنة ١٩٤٦ – السنهورى ٣٨٦- مرقس ص ١٨٠ ومابعدها .

وقد أخذت محكمة الـنقض المصرية بالــرأى الأول . إذ قضت بأن :

" متى كان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها مــورث الطاعن بطلب بطلان العقد الرسمى الصادر منـــه إلـــى المطعـــون عليها الأولى ببيع منزل على أساس أن هذا العقد فى حقيقته وصية قد أقام قضاءه على " أن التصرف هو عقد بيع صحيح ناجز وليس ما يمنع قانونا من أن يكون الثمن مشترطا وفـــاؤه كـــإيراد مرتـــب لمدى حياة البائع ولو أتيح القول بأن الثمن منعدم بالعقد يظل علـــى هذا الفرض عقدا صحيحا قانونا ناقلا للملكية لأنه يكون بمثابة هبـــة قد تضمنها عقد رسمى والهبة تصح قانونا إذا صيغت فى صـــورة عقد بيع أو عملت بعقد رسمى " . متى كان الحكم قد أقام قضـــاءه على هذا الأساس فإنه لايبطله إغفاله طلب الطاعن إحالة الـــدعوى على التحقيق ليثبت أن أجرة مثل المنزل تزيد على الإيراد المقرر مدى حياة البائع كمقابل إذ على فرض أن هذا الإيراد هو دون ريع المنزل وأن ذلك يجعل الثمن معدوما فيعتبر العقد باطلا كبيع فـــإن الحكم قد أقام قضاءه على أساس أن العقد يعتبر فى هذه الحالة هبة صحيخة شكلا لإفراغها فى قالب رسمى وماقرره الحكم فـــى هـــذا الخصوص صحيح قانونا ذلك أن مورث الطاعن قد أقام دعواه على أساس أن العقد فى حقيقته وصية أى تبرع مضاف إلـــى مـــا بعـــد

الموت وقد أثبت الحكم بالأدلة السائغة التى أوردها أن التصـــرف صدر ناجزا فيكون هبة صحيحة فى عقد رسمى ومن ثم فإن الطعن عليه بالقصور وبمخالفة القانون يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٧٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٤/٥)

والعقد الذى يقرر المرتب لايكون صحيحا فى التقنـــين المـــدنى الجديد إلا إذا كان مكتوبا ، والكتابة ركن من أركان العقد لا طريقة لإثباته . وقد استلزم المشرع الكتابة لأن العقد مقرر له البقاء مـــدى حياة إنسان ما ، وقد تطول ، فوجب أن يكون مكتوبا وإذا كان العقد هبة وجب أن يتوافر فيه الشكل الخـــاص بعقـــود التبـــرع (م٧٤٣ مدنى).

٥٧ـ حرية الطرفين فى تحديد الثمن :

الأصل أن للمتعاقدين حرية تحديد الثمن ، سواء فيمـــا يتعلـــق بنوع النقود التى يلتزم بها المشترى[١] ، أو فيما يتعلق بمقـــدارها ،

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المنزوعة ملكيته اتقاء لخطر المجازفة وسعيا وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناســـب لقيمـــة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذى تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم والتزم المشترى بالتدخل فى المزاد والمزايدة حتـــى يصل الثمن إلى الحد المتفق عليه بحيث إذا اضطر إلى الزيادة فى الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها فإن الدفع ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته للنظام العام وانعدام ســـبب اســـتحقاق

على أن هذه الحرية ليست مطلقة بل ترد عليها من الناحيتين بعض القيود .

(أ) السعر الإلزامى للنقود :

القوانين التى تحدد السعر الإلزامى لأوراق البنكنوت أو النقود الورقية تعتبر قيدا على حرية المتعاقدين فى تقدير الثمن لأنها تفرض عليهم نوعا معينا من النقود يجب أن يدفع به الثمن . فهذه القوانين تجعل قبول النقود الورقية واجب وتعطيها سعرا إلزاميا فى الوفاء. وقد نص الأمر العالى الصادر فى ٣ أغسطس سنة ١٩١٤ على فرض السعر الإلزامى لأوراق البنكنوت التى يصدرها البنك الأهلى المصرى ، بمعنى أن البنك لايجبر على أن يعطى ذهبا بدلا من الورق وأن ما يدفع من أوراق البنكنوت يكون دفعا صحيحا مبرئا للذمة كما لو كان حاصلا بالعملة الذهبية .

المشترى للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الإخلال بحرية المزايدة أو إبعاد المزايدين عن محيطها بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزاد على غير المشترى من المدين بثمن يزيد على الثمن المسمى مما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة فضلا عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه وأما الادعاء بانعدام سبب الزيادة فمردود بأن المتعاقد مع المدين أصبح بمقتضى الاتفاق المشار إليه فى مركز المشترى والمدين فى مركز البائع ومن حق المشترى الحصول على الزيادة وسببها القانونى هو العقد المبرم بينهما ".

(طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/١/٢٠)

ونص على بطلان شرط الذهب سواء كان قد اتفق على الدفع بالذهب أو بما يعادل قيمة الذهب وقت الوفاء . ورغم صراحة النص فقد سايرت بعض المحاكم القضاء الفرنسى فكانت تبطل شرط الذهب فى المعاملات الداخلية وتجيزه فى المعاملات الخارجية . ولذلك صدر تشريع تفسيرى هو المرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٣٥ ينص على بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية على السواء .

وعلى ذلك يبطل الاتفاق على تحديد الثمن بالذهب أو على أساس الذهب ، وذلك سواء فى المعاملات الداخلية أو الخارجية. ويصح للمشترى ، رغم هذا الاتفاق الباطل أن يوفى الثمن نقودا ورقية مصرية على أساس قيمة الذهب المشروط وقت العقد لاوقت الوفاء . ولايبطل البيع كل نتيجة لبطلان شرط الذهب إلا إذا كان هذا الشرط هو الدافع الحافز للحائز للتعاقد [١].

(ب) التسعير الجبرى لبعض السلع :

تفترض التشريعات الخاصة بالتسعير الجبرى قيدا خطيرا على حرية المتعاقدين فى تحديد مقدار الثمن . فلا يجوز البيع بسعر يزيد على السعر المحدد .

---

(١) خميس خضر ص ٩٦ – اسماعيل غانم ص ٧٦ .

وكان القضاء الفرنسي يجرى على بطلان البيع بسعر يزيد على السعر المحدد بحيث يجوز لكل مـــن البـــائع والمشـــترى التمســـك بالبطلان. ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت أخيرا بـــرد فـــرق الثمن دون بطلان البيع (١).

وهذا القضاء الأخير هو الذى يتفق مع القواعد العامة ، فالعقـــد باطل فى شق منه هو التزام المشترى بدفع القدر الزائد على السعر المحدد (٢).

وقد اتبع المشرع هذا الحل بصدد سعر الفائدة ، فنصت المـــادة ٢٢٧ مدنى على حد أقصى للفائدة هو ٧% وقضت بأنه إذا اتفـــق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر(٣).

٥٨ـ طريقة تقدير الثمن :

يجب أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا للتقـــدير . وهـــذا تطبيـــق للقاعدة العامة فى محل الالتزام حيث يشترط أن يكون معينا أو قابلا للتعيين .

ولا صعوبة إذا كان الثمن محددا فى العقد برقم ثابت.

---

(١) نقض فرنسى ١٠ ديسمبر ١٩٥١ .
(٢) اسماعيل غانم ص ٧٦- عبد الناصر العطار ص ٨٩ .
(٣) اسماعيل غانم ص ٧٦ .

ولكن الثمن قد يكون قابلا للتقدير بأن يبين فـى العقـد أسـس تحديده ، وهذا ما نعرض له فى البند التالى .

٥٩ـ بيان أسس تحديد الثمن بالعقد :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ على أنه يجوز أن يقتصـر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد .

وعلى ذلك يكفى لتحقيق شرط تقدير الثمن أن يتفق على البيـع بالثمن الذى اشترى به البائع ، أو بهذا الثمن ومبلغ معين من النقود، أو الثمن الذى سبق أن باع به البائع لشخص معين .

وفى هذه الحالة يكون الثمن الذى اشترى به البائع أو الذى باع به لشخص آخر أمرا جوهريا لابد من التثبت منه حتى يقدر علـى أساسه الثمن الذى يلتزم به المشترى .

كما يجوز الاتفاق على أن يكون البيع بثمن التكلفـة أو بسـعر السوق ، أو بالثمن الذى يقدره شخص أو أشخاص معينين .

على أنه يشترط بصفة عامة، فى الأسس التى يتفق المتعاقدان على أن يقوم تحديد الثمن عليها ، عدة شروط ، إن تخلفت كـان الثمن غير قابل للتقدير ، فيبطل البيع وهى :

١- ألا يكون تحديد الثمن متوقفـا علـى محـض إرادة أحـد المتعاقدين سواء فى ذلك المدين بالثمن وهو المشترى ، أو الـدائن وهو البائع ، إذ أن المتعاقد الآخر يصبح تحت رحمـة مـن تـرك

تحديد الثمن إليه ، فضلا عن أن ترك التحديد لمحض إرادة أحد المتعاقدين يعنى فى الحقيقة أنه لم يتفق على أى أساس لتحديد الثمن.

وفى حالة ما إذا كان التحديد قد ترك لمحض إرادة المشترى ، يكون هناك سبب آخر للبطلان ، وهو أن الالتزام بدفع الثمن فى هذه الحالة يكون معلقا على شرط إرادى محض يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة المدين ، فلا يكون الالتزام قائما (م٢٦٧/١ مدنى) [١].

وعلى العكس ، ينعقد البيع إذا ترك تحديد الثمن لأحد العاقدين دون أن يعلق على محض إرادته ، بأن اشترط مثلا أن يقوم البائع بتحديد الثمن على أساس ما أنفق فى انتاجه من نفقات ، أو أن يقوم المشترى بتحديد الثمن على أساس ما يدفعه فعلا فى شراء شئ آخر من النوع نفسه من بائع آخر .

٢- ألا يكون الأساس المتفق عليه لتقدير الثمن أساسا مبهما فلا ينعقد البيع إذا اتفق على أن يكون الثمن هو الثمن " العادل" أو " ما يساويه المبيع "[٢].

٣- ألا يكون الأساس ما يعرضه غير المشترى. لأن هذا الاتفاق من شأنه أن يهئ السبيل إلى الغش ، بأن يدفع البائع أو

---

(١) اسماعيل غانم ص ٧٨ .

(٢) أنور سلطان ص ١٦٢ - اسماعيل غانم ص ٧٨ .

المشترى الغير إلى عرض ثمن ينفق ومصلحته ، فلا ينعقد البيع فى هذه الحالة ، بل يعتبر الاتفاق وعدا بالتفضيل ، فيكون مالك الشئ قد وعد الطرف الآخر بأن يفضله على غيره إذا ما قرر البيع بالسعر الذى يعرضه الغير . والتزام الواعد هنا ليس معلقا على محض إرادته ، فإرادته البيع ليست مطلقة ، بل هى تتوقف على ظروف مختلفة أجنبية عن الإرادة ، فلا يكون الأمر متوقفا على محض المشيئة (١).

ومن أهم صور تقدير الثمن ببيان أسس تحديده ، الاتفاق على البيع بسعر السوق ، والبيع الثمن الذى يحدده أجنبى ، ونعرض لهما فيما يلى :

(أ) البيع بسعر السوق :

قد يتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن هو سعر السوق ، فالثمن هنا غير مقدر ولكنه قابل للتقدير ، ويعتبر هذا أساسا صالحا للتحديد . إذ يحدد الثمن بسعر السوق .

ولايقتصر معنى السوق على الأسواق المنظمة كالبورصات وإنما يشمل كل مكان يجرى فيه البيع على نطاق واسع .

والعبرة بالسوق الذى حدده المتعاقدان والزمان اللذان اتفقا عليه. فإذا لم يحدد المتعاقدان مكان السوق أو زمانه أو قام شك لدى

---

(١) خميس خضر ص ٩٢ .

القاضى فى ذلك ، وهل المكان هو مكان البيع أم مكان وجود البضاعة أم مكان تسليمها ، وهل الزمان الذى أراد المتعاقدان الرجوع إليه لتحديد السعر هو وقت البيع أو وقت التسليم- وكثيرا ما يحدث شك فى هاتين المسألتين - فقد وضع النص قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين فى هذا الخصوص .

فقضى بالرجوع إلى سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى . فإذا لم يكن فى مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف أن تكون أسعاره هى السارية .

وقد يقضى العرف فى هذه الحالة بأن تكون أسعار أقرب سوق هى الأسعار السارية (١).

وقد لايسمح تعيين زمان التسليم بتعيين الوقت الذى يعتد فيه بسعر السوق وذلك عندما تكون أسعار السوق متغيرة من وقت لآخر خلال الزمن المتفق عليه للتسليم كما لو اتفق على يوم معين لتسليم المبيع وكان هناك أكثر من سعر فى هذا اليوم . والحل الواجب الاتباع هنا هو احتساب السعر بحسب متوسط أسعار اليوم(٢).

---

(١) السنهورى ص ٣٧٦ .

(٢) خميس خضر ص ٩٣- منصور مصطفى منصور ص ٥٥ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " يعتبر البيع على الوجه أو بالكونتراتـات صـحيحا لأنـه لايختلف عن البيع العادى إلا فى ترك تحديد السعر (الثمن) للسوق أو للبورصة على الأسسس التى توضح فى تلك العقود والتى تؤدى إلى تعيينه بلا نزاع ".

(طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧)

٢- " عقود بيع القطن تحت القطع- على ما جرى بـه قضـاء النقض- تقتضى أن يكون للمشترى خيار التغطية مقابل حق البـائع فى القطع ويلتزم البائع لذلك بأن يوفر للمشترى الوقت الذى يتسـع لإجراء عملية التغطية التى تتم بعملية عكسية يجريها المشترى فـى بورصة العقود فى وقت القطع وبسعره وعن مقدار معـادل للقـدر الذى تم قطعه من البائع كى يأمن تقلبات الأسـعار ومتـى تمـت التغطية تحقق للمشترى مركز قائم فى البورصـة قوامـه العمليـة العكسية التى يكون قد أجراها ببورصة العقود . أمـا إذا اسـتحال إجراء عملية التغطية لعدم وجود تعامل فعلى فى بورصة العقود فلا يتحقق هذا المركز ".

(نقض طعن رقم ١٩٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٤/١١)

٣- " عقود البيع تحت القطع تقتضى – على ما جرى به قضاء النقض – أن يكون للمشترى خيار التغطية مقابل حق البـائع فـى القطع ويلتزم البائع لذلك أن يوفر للمشترى الوقـت الـذى يتسـع

لإجراء عملية التغطية التى تتم بعملية عكسية يجريها المشترى فى بورصة العقود وفى وقت القطع وبسعره وعن مقدار معادل للمقدار الذى طلب البائع قطع سعره كى يأمن المشترى تقلبات الأسعار. ومتى تمت التغطية تحقق للمشترى مركز قائم فى البورصة قوامه عملية البيع التى يكون قد أجراها فى هذه البورصة ".

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٢/٢٠)

(ب) تحديد الثمن بواسطة أجنبى :

من الأسس الجائزة لتقدير الثمن أن يترك تحديده لشخص أجنبى معين أو أكثر ، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا .

ونظرا لأن تحديد الثمن يتوقف على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، فيكون الالتزام معلقا على شرط واقف .

ويشترط لانعقاد البيع أن يتم الاتفاق على تعيين من يقوم بتحديد الثمن أو على أن القاضى هو الذى يعينه . فإذا لم يتفق على شئ من ذلك فالبيع لاينعقد ولايستطيع القاضى أن يعين الثمن بواسطة خبير . وكذلك إذا اتفق الطرفان على أن يعين المفوض فى تحديد الثمن فيما بعد باتفاق بينهما فلا ينعقد البيع فى هذا الفرض إلا بعد تمام الاتفاق اللاحق على تعيينه، ولا يكون الثمن قبل هذا الاتفاق قابلا للتقدير ، ولا يكون البيع قد تم بالتالى ، فإذا ما عيناه ، انعقد البيع من وقت تعيينه معلقا على شرط واقف هو تقديره للثمن .

وإذا رفض أحدهما اختيار المفوض ، فلا يجوز إحلال القاضى محله فى هذا التعيين ، وإنما يكون ملزما بتعويض الآخر .

وإن كان الخلاف قد ثار حول أساس التعويض . فهو فى رأي المسئولية التقصيرية باعتبار أنه لايوجد عقد بين الطرفين ، وفى رأى- وهو الراجح- أن الأساس هو المسئولية العقدية ، على سند من أنه إذا كان عقد البيع لم ينعقد فإن عقدا آخر غير مسمى قد تم بين الطرفين بمقتضاه يلتزم كل منهما بالاتفاق على تحديد المفوض، فإذا امتنع أحدهما كان مخلا بالتزام ناشئ عن عقد وكانت المسئولية بالتالى تعاقدية [١].

وإذا تم تعيين المفوض فى عقد البيع ذاته ، وجب عليه تقدير الثمن باعتبار هذا الوقت لا باعتبار وقت التقويم . وإذا تم تعيين المفوض فى عقد لاحق، فالبيع لاينعقد - كما ذكرنا- إلا من وقت تعيينه ، ولذا يجب الرجوع إلى هذا الوقت لتحديد قيمة المبيع . وكذلك الحكم إذا فوض المتعاقدان المحكمة فى تسميته . فالخلاصة أن البيع يعتبر قد تم من وقت اتفاق المتبايعين على المفوض . ففى هذا الوقت يكون المبيع مستكملا لجميع عناصره ومنها الثمن إذا كان قابلا للتقدير [٢].

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٥٦- أنور سلطان ص ١٦٧ .
(٢) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ١١٧- السنهورى ص ١١٧ .

ومصروفات تقدير الثمن بمعرفة الغير تكون على عاتق المشترى، إلا إذا وجد اتفاق مخالف [1].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٨٤- وكانت المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تنص على أن : " إذا ترك تعيين الشئ لأحد المتعاقدين أو لأجنبى عن العقد فيجب أن يكون هذا التعيين قائما على أساس عادل . فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل فيكون تعيين الشئ بحكم من القضاء .
٢- ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبى عن العقد ولمحض اختياره فإن العقد يصبح باطلا إذا لم يستطع هذا الأجنبى أن يقوم بالتعيين أولم يرد القيام به أولم يقم به فى وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل ".
وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :
"يقع أحيانا أن يترك تعيين الشئ لأحد المتعاقدين أو لأجنبى عن العقد . ويجب فى الحالة الأولى أن يتم التعيين دون إبطاء وأن يكون قائما على أساس عادل فيكون التعيين بحكم من القضاء . ويجب فى الحالة الثانية أيضا أن يقوم الأجنبى بالتعيين بما ينبغى من السرعة والعدالة وإلا حل القاضى محله فى ذلك . وتفترق الحالة الثانية عن الأولى بأنه إذا اشترط ترك أمر التعيين لأجنبى عن العقد واحتكم إلى تقديره فيكون العقد باطلا لعدم تعيين المحل إذا لم يقم هذا الأجنبى بإجراء التعيين على وجه عادل فى فترة معقولة . ولايجوز أن يحل القاضى محل تقدير الأجنبى وخياره فى هذه الحالة . أما إذا عهد بالتعيين لأحد المتعاقدين فلا يجوز أن يترك الأمر لمحض اختياره وإلا كان هذا شرطا إراديا بحتا ".
إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة " لأنها تنص على حالة تفصيلية قليلة الأهمية " .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٢١٥ هامش (١) ومابعدها).

وقد قضت محكمة النقض – فى حكم غير منشور لها – صادر بتاريخ ١٩٨٨/٥/٨ فى الطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٥٠ ق بأن :

" مفاد ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ من القانون المدنى أنه فى عقد البيع قد يترك الطرفان تحديد الثمن لأجنبى يتفقان عليه وقت العقد فيكون الثمن فى هذه الحالة قابلا للتقدير بتفويض الأجنبى فى تقديره وما يقدره هذا الأجنبى ثمنا للمبيع ملزم لكل من البائع والمشترى فهو وكيل عنهما ويتم هذا البيع من الوقت الذى اتفق فيه الطرفان على المفوض ففى ذلك الوقت كان المبيع مستكملا لجميع عناصره وأركانه ومنها الثمن ، لما كان ذلك وكان الثابت بعقد البيع المؤرخ ١٩٦٦/٣/٢٧ المودعة صورته أوراق الدعوى أنه فى البند الثانى منه اتفق الطرفان على تحديد الثمن بمعرفة لجنة تشكل بالطريقة المبينة بالعقد وأيا ما كان الأمر فى وقت تقدير الثمن بمعرفة اللجنة فإن العقد ينعقد منذ وقت إبرامه فى ١٩٦٦/٣/٢٧ وليس فى الوقت الذى تصدر فيه اللجنة قرارها بتقدير الثمن على ما سلف وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون متفقا وصحيح القانون والنعى عليه بغير ذلك لايقوم على أساس ".

٦٠ـ طبيعة وظيفة المفوض :

الغير الذى يفوض فى تقدير الثمن ، لايعتبر محكما لأن التحكيم يفترض نزاعا على حقوق وجدت فعلا ، وهنا الأمر متعلق بتحديد عنصر من عناصر الاتفاق .

كما أنه لايعتبر خبيرا لأن الخبرة مآلها إبداء رأى استشارى غير ملزم للمتعاقدين ولا للقاضى ، فى حين أن الثمن الذى يعينه الغير يكون ملزما للمتعاقدين .

كذلك لايعتبر الاتفاق على تعيين الغير لتحديد الثمن صلحا لأنه لا يوجد نزاع ونزول عن ادعاءات متقابلة .

إنما يعتبر هذا الغير الذى يكلف بتحديد الثمن ، وكيلا عن المتعاقدين ، فالمتعاقدان وقد أحلا إرادة الغير محل إرادتهما يكونان ملزمين باحترام ما يقرره .

وقد اعترض على هذا الرأى بأن الوكالة لا تكون إلا فى الأعمال القانونية (م٦٩٩ مدنى) ، وتحديد الثمن عمل مادى . ولكن يرد على ذلك بأن تحديد الثمن جزء من عقد البيع وعنصر جوهرى فيه فهو تصرف قانونى لا عمل مادى [١].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٨٢- أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص١١٤ هامش (١) - السنهورى ص ٣٧٨ومابعدها - اسماعيل غانم ص ٨٠ ومابعدها - محمد شكرى سرور ص ١٨٥ .

٦١- عزل المفوض :

لما كان المفوض يعين باتفاق المتبايعين فإنه لايجوز لأحدهما أن يستقل بعزله ، بل لابد فى ذلك من اتفاقهما معا . فإذا اتفقا على عزله قبل أن يقدر الثمن لم يعد يجوز له أن يقدره . ويجوز للمتبايعين أن يتفقا على مفوض آخر لتقدير الثمن ، كما يجوز لهما أن يتفقا مباشرة على الثمن ، ولكن البيع لا يعتبر تاما إلا من وقت اتفاقهما على الثمن أو على تعيين المفوض الآخر .

ويكون البيع فى هذه الحالة موقوفا على تقدير المفوض الجديد للثمن [١].

٦٢- الطعن فى تقدير المفوض :

الأصل أن قرار المفوض بتحديد الثمن ملزم للمتبايعين ، لأنهما قبلا مقدما الثمن الذى سيحدده . وينبنى على ذلك أنه لايجوز لهما الاعتراض على تقدير المفوض ، كما لاتملك المحكمة التدخل فى عمله بتعديل الثمن بالزيادة أو النقصان .

وعكس ذلك : منصور مصطفى منصور ص ٥٦ ، محمد لبيب شنب ص ٨٠ فيريان أن الاتفاق بين المتعاقدين والمفوض على تقدير الثمن هو عقد غير مسمى يتعهد فيه المفوض بالقيام بعمل هو تقدير الثمن ، أما التقدير نفسه فهو واقعة مادية .

وعبد المنعم البدراوى ص ٢٠٣ فيذهب إلى أن الأولى اعتبار الاتفاق ، اتفاقا من نوع خاص دون تورط فى بيان طبيعته بمحاولة إدخاله ضمن صور الاتفاقات المعروفة .

(١) محمد شكرى سرور ص ١٨٣ .

إلا أن الفقه ذهب إلى الأخذ بما ذهب إليه الفقه فى فرنسا من جواز الطعن على تقدير المفوض فى حالتين :

١- إذا ارتكب تدليسا نحو أحد المتعاقدين أو وجد غلط ظاهر. ففى هذه الحالة يكون للمتعاقد المضرور أن يطلب تقديرا جديدا للثمن .

٢- إذا كان الغير قد جاوز حدود مهمته كما حددها المتعاقدان. ومثل ذلك أن يكون مكلفا بتحديد ثمن المحصول قائما فأدخل فى حسابه زيادة الأثمان بعد حصد المحصول .

أو يكون مكلفا بتقدير قيمة عقار وفقا لقيمته الحاضرة ولكن قدره على حسب قيمته مستقبلا بأن اعتبر مثلا فى التقدير احتمال إنشاء شارع لم يتقرر شئ بشأنه أصلا فى ذلك التاريخ .

ففى هذه الحالة يجوز للمتعاقدين أن يطلبا بطلان تقدير الثمن[١].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٨٢- أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ١١٦ هامش (٣) - أنور سلطان ص ١٦٨ - خميس خضر ص ٩٤.

مـادة (٤٢٤)

إذا لم يحدد المتعاقدان ثمنا للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما .

الشـرح

٦٣- الاتفاق الضمنى على الأسس التى يتحدد الثمن بمقتضاها :

لايتطلب القانون المدنى أن يكون تحديد الثمن ، أو الأسس التى يقوم عليها صريحا – على نحو ما تنص عليه المادة ٤٢٣ – بل يجوز أن يكون هذا التحديد ضمنيا . إذا ما تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما . فكثيرا ما يطلب أحد التجار من الآخر أن يرسل له كمية من سلعة معينة ، فيرسلها الآخر دون ذكر الثمن، ويكون المفهوم ضمنا أن البيع بالسعر المتداول فى التجارة بالنسبة لهذه السلعة . وقد تكون هناك معاملات سابقة بين البائع والمشترى، إذا اعتاد تاجر التجزئة أن يشترى بضائع من تاجر الجملة ، ويكون المفهوم أن الثمن هو الثمن الذى اشترى به البائع ، بعد إضافة نسبة مئوية معينة إليه .

وعلى ذلك لايلزم أن يتفق صراحة فى كل مرة على الثمن، لأن

المتعاقدين قصدا أن يتحدد الثمن على الأساس الذى يجرى عليه التعامل بينهما [١].

وبالترتيب على ذلك فإن البيع يكون بالاتفاق الضمنى على الثمن ، على النحو السالف صحيحا بمنأى عن البطلان .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ثم عرض المشروع لحالة ما إذا لم يقم المتعاقدان بتحديد الثمن أو بتعيين أسس يحدد بمقتضاها ، فقرر أنه إذا تبين من الظروف أن المتعاقدين تركا تحديد الثمن إلى السعر المتداول فى التجارة ، كما يحصل عادة بين التجار، كان البيع صحيحا ، والثمن هو هذا السعر المتداول ، فإذا كان بين المتعاقدين سابقة تعامل ، ويبين من الظروف أنهما تركا تحديد الثمن إلى السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما ، صح ذلك أيضا . وفى الحالتين يكون المتعاقدان قد اتفقا ضمنا على جعل الثمن قابلا للتحديد . وهذا هو الحل الذى أورده التقنين البولونى (م٢٩٨) وقد أخذ به المشروع "[٢].

---

(١) الدكتور عبد الودود يحيى دروس فى العقود المسماة – البيع والتأمين ١٩٧٨ ص ٤٣ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ١٩٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٣٣ .

٦٤ـ عدم تحديد الثمن أو الأسس التى يحدد بمقتضاها صراحة أو ضمنا :

إذا لم يتفق الطرفان صراحة على الثمن ، أو على الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد ، أو لم يتفقا على هذه الأسس ضمنا ، فإن البيع يكون خاليا من الثمن وباطلا لفقده ركنا من أركانه .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أم إذا لم يتفق المتعاقدان لا صراحة ولا ضمنا على تحديد الثمن، أو على جعله قابلا للتحديد ببيان الأسس التى يحدد بمقتضاها، فإن البيع يكون باطلا لفقده ركنا من أركانه "(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١-- " الثمن وإن كان يعتبر ركنا أساسيا فى عقود البيع إلا أنه وعلى ما يستفاد من نص المادتين ٤٢٣ ، ٤٢٤ من القانون المدنى- لايشترط أن يكون الثمن معينا بالفعل فى عقد البيع بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا على الأسس، التى يحدد بمقتضاها فيما بعد ".

(طعن رقم ١٠٥١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٨) (٢)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٣٣ .

(٢) **كما قضت محكمة النقض بأن :**

" وإن كان الثمن يعتبر ركنا أساسيا فى عقود البيع إلا أنه على ما يستفاد من نص المادتين ٤٢٣ ، ٤٢٤ من القانون المدنى لايشترط أن يكون

الثمن معيناً بالفعل فى عقد البيع . فإذا ما خلا العقد المكتوب من قيمة الثمن مع تضمينه إقرار طرفيه بأن البيع قد تم نظير ثمن نقدى دفعه المشترى وقبضه البائع فلا يبطل البيع لأن إقرار طرفيه بذلك يعنى إقرارهما باتفاقهما على ثمن نقدى معين وهو ما يكفى لانعقاد البيع باعتباره عقداً رضائيا " .

(طعن رقم ٥٢٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٥/٩- غير منشور)

مـادة (٤٢٥)

١- إذا بيع عقار مملوك لشخص لاتتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

٢- ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

الشـــرح

٦٥- القاعدة العامة فى أثر الغبن فى العقود :

أوضحنا سلفا أن حرية المتعاقدين فى تحديد الثمن هى فى الأصل حرية مطلقة. ومادام أن الثمن قد استوفى الشروط التى بيناها، فلا عبرة بعد ذلك بتعادله مع المبيع أو باختلال هذا التعادل ، ما لم يصل هذا الاختلال إلى حد يجعل الثمن تافها ، ومن ثم يكون فى حكم المنعدم، ويكون البيع باطلا بالتالى والقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١٢٩ مدنى والتى تقضى بأن العقد يطعن فيه إذا ما استغل أحد الطرفين الآخر ، فترتب على هذا الاستغلال عدم التعادل بين التزامات الطرف المستغل وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد . تتطلب ركنين : الأول ، ركن مادى هو عدم التعادل ، والثانى ركن نفسى هو استغلال الطيش البين أو

الهوى الجامح . فلا يكفى إذن للطعن فى عقد من العقود طبقا للقواعد العامة أن يتحقق الركن المادى ، أى لايكفى مجرد عدم تعادل الالتزامات إن لم يكن عدم التعادل هذا قد نتج عن استغلال أحد الطرفين للآخر (١).

وقد خرج المشرع عن هذه القاعدة العامة فى أحوال قليلة فيها:

١- حالة بيع عقار مملوك لشخص لاتتوافر فيه الأهلية وهى الحالة التى نحن بصددها .

٢- الغبن فى إجارة الوقف (م٦٣٢ مدنى) .

٣- الغبن فى القسمة (م٨٤٥) .

شروط تكملة الثمن فى بيع عقار غير كامل الأهلية :

يشترط لتكملة الثمن فى حاله بيع عقار مملوك لشخص لاتتوافر فيه الأهلية ، توافر الشروط الخمسة الآتية :

٦٦- الشرط الأول :

أن يكون العقد بيعا :

يشترط أن يكون العقد بيعا ، أى يشترط أن يكون غير كامل الأهلية ، قد قام فى العقد بدور البائع . أما إذا كان مشتريا فلا يجوز له التمسك بالغبن طبقا للمادة ٤٢٥ مدنى .

(١) اسماعيل غانم ص ٨١ .

وكذلك إذا لم يكن العقد بيعا بل عقدا آخر فلا يجوز طلب تكملة الثمن للغبن ، كما لو كان العقد تقديم عقار كحصة فى شركة وذلك ما لم تثبت صورية العقد وأن تقديم الحصة إنما أريد به البيع فعلاً ، فعندئذ يجوز طلب تكملة الثمن للغبن .

وكذلك لايجوز طلب تكملة الثمن إذا كان تقديم العقار بصفة وفاء بمقابل لأن النص لم يتكلم إلا عن البيع (١).

٦٧ـ وضع البيوع الاحتمالية :

العقد المحدد هو العقد الذى يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد ، القدر الذى أخذ والقدر الذى أعطى وهو يقابل العقد الاحتمالى ، وهو العقد الذى لايتحدد فيه مقدار ما أخذ كل من المتعاقدين ومقدار ما أعطاه إلا فى المستقبل تبعا لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله . مثل ذلك عقد المرتب الدورى مدى الحياة . فالبيع بثمن اشترط أن يكون إيرادا مرتبا مدى حياة البائع عقد احتمالى ، لأن البائع يعرف وقت البيع قدر ما أعطى (قيمة المبيع) ، ولكنه لايستطيع أن يعرف حينئذ القدر الذى سيأخذه ، إذ أن مقدار الثمن سيختلف باختلاف المدة التى يظل فيها حيا. وكذلك المشترى يعرف القدر الذى أخذه (المبيع)

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢١٩ ومابعدها .

ولكنه لا يعرف القدر الذى أعطى (الثمن) . ومثل هذا أيضا بيع حق الانتفاع ، فهو ينقضى حتما بوفاة المنتفع (م٩٩٣) فلا يدرى وقت العقد المدة التى سيستمر خلالها ، وبالتالى لاتعرف قيمته . وبذلك يوجد فى العقود الاحتمالية احتمال فى المكسب والخسارة لكل من المتعاقدين .

ولما كان الأساس فى هذه العقود هو ذلك الاحتمال ، لذلك قيل إن البيوع الاحتمالية لايجوز الطعن فيها بالغبن . وعلى هذا كان يجرى القضاء الفرنسى ، وكان هذا القضاء مستقرا على تطبيق هذا المبدأ تطبيقا آليا ، فكان يقضى فى كافة الأحوال التى يتحقق فيها عنصر الاحتمال فى البيع ، بعدم جواز الطعن فى البيع بالغبن بأى حال .

على أن اتجاها حديثا ظهر فى الفقه وتأثر به القضاء ، ينادى بأن ينظر فى كل حالة على حدتها . فقد تدل الظروف فى حالة بذاتها على أن البيع يتضمن غبنا للبائع ولو أن العقد يتضمن عنصرا احتماليا . فلا شك مثلا أن البيع فى مقابل إيراد مرتب يقل عن الدخل الذى يغله العقار يتضمن غبنا واضحا ، فمجموع ما سيدفعه المشترى سيقل على أى الأحوال من دخل العقار [١] . ولذلك

---

(١) حميس حصر ص ١٠١ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ٨٥ ومابعدها– محمد شكرى سرور ص ١٦٢ .

قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لايعد بيعا احتماليا البيع الذى يثبت فيه أن المشترى ، نظرا لسن البائع وقيمة إيجار العقار ، سيتأكد من الحصول على أجرة مساوية لأقساط المرتب بعد ثلاث سنوات [١].

كما قضت بأن فسخ عقد البيع بسبب الغبن جائز فى بيع العقار مقابل إيراد مرتب لمدى الحياة إذا استطاع القاضى من الظروف أن يقدر قيمة الالتزامات الاحتمالية ، وعناصر هذا التقدير متروكة للقاضى الذى له أن يعين خبيرا لتقدير قيمة العقار عند البيع وغلته ونسبة ذلك إلى الأقساط التى تدفع [٢].

كما يحدث أن يلجأ القضاء إلى تقدر قيمة المرتب بحسب سن من تقرر مدى حياته ، وهذا المسلك يتبعه القضاء الفرنسى عند بيع حق الانتفاع .

وجدول الوفيات الذى تستعين به شركات التأمين كفيلة بتحديد متوسط عمر الإنسان بين طائفة كبيرة من الناس فى مجموعهم ، وإن كانت بطبيعة الحال لاتستبعد عنصر الاحتمال لشخص معين بالذات .

---

(١) نقض فرنسى ٢٨ فبراير سنة ١٩٥١ .
(٢) نقص فرنسى ٢٢ أبريل ١٩٥٥ .

٦٨ـ البيع الذى يتم كنص القانون بطريق المزاد العلنى :

تنص المادة ٤٢٧ مدنى على أنه : " لايجوز الطعن بالغبن فـــى بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى " .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة المذكورة) .

٦٩ـ الشرط الثانى :

أن يكون المبيع عقارا :

يشترط أن يكون المبيع عقارا ، سواء كان البيع واردا على حق الملكية أو على أى حق عينى آخر ، كحق انتفاع وحق رقبة وحـــق حكر وحق ارتفاق .

ويستوى أن يكون المبيع عقارا مفرزا أو حصـــة شـــائعة فـــى عقار. وفى الحالة الأخيرة لايتوقف رفع دعوى الغبن على إجـــراء القسمة .

كما يستوى أن يكون عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص مادام هذا قد بيع مع العقار المخصص لخدمته ، لأنه يباع فى هذه الحالة بيعا عقاريا ، ويكون الطعن فى مجموعه بالغبن جائزا وتدخل قيمة العقار بالتخصيص مع قيمة العقار الأصلى فى حساب الغبن . أمـــا إذا بيع مستقـــلا – وهذا أمر جـــائز– فزالت عنه الصفة العقاريـــة

وعاد لأصله كمنقول ، فإن الغبن فى ثمنه يخرج من إطار المـــادة ٤٢٥[١].

وعلى ذلك تخرج المنقولات من إطار الطعن بالغبن أيا كانـــت قيمتها كبيع المحل التجارى أو الحقوق الذهنية أو الأدبية أو الحقوق الشخصية حتى ولو كانت مكفولة بتأمين عينى واردا علـــى عقـــار كرهن رسمى مثلا ، أو كانت متعلقة بعقار كبيع مســـتأجر العقـــار حقه للغير بأن تنازل عنه المستأجر فى مقابل ثمن نقدى .

ويخرج من هذا النطاق أيضا بيع الأشياء التى هى فى أصـــلها عقار لكنها معتبرة كمنقول بالنظر إلى مآلهـــا وهـــى مـــا تعـــرف بالمنقولات بحسب المآل ، كبيع بناء بقصد هدمه أو بيـــع أشـــجار بقصد قلعها ، وبيع الثمار المتصلة بالأرض ، والمزروعات القائمة فيها وقت البيع بقصد حصول المشترى عليها بعـــد فصـــلها عـــن الأرض .

وإذا تضمن البيع عقارا ومنقولا – كبيع منزل بمفروشاته بـــثمن واحد وكانت الصفقة قابلة للتجزئة ، جزئت وقسم الثمن على العقار والمنقول ، وجاز الطعن بالغبن فى العقار دون المنقول . وإذا لـــم

---

(١) محمد شكرى سرور ص ١٥٠ ومابعدها – اسماعيل غانم .

تكن الصفقة قابلة للتجزئة ، جاز الطعن فى البيع كله بالغبن ، على ألا يدخل فى حساب الغبن إلا قيمة العقار وحده منسوبة إلى حصته فى الثمن (١).

والعلة فى هذه التفرقة بين العقارات والمنقولات ترجع إلى الفرق القديم فى النظرة إلى قيمة كل منهما . ففى العصور الوسطى، حيث كان يسود النظام الإقطاعى ، كانت الأراضى أهم عناصر الثروة وعماد النظام السياسى. أما المنقولات فكانت تعد من التوافه (٢).

ولم تعد هذه النظرة مطابقة للواقع ، بعد أن تكاثرت المنقولات ذات القيمة المالية الكبيرة التى قد تفوق قيمة العقارات ، كالأسهم والسندات والمحال التجارية . ومع ذلك مازال الشارع المصرى فى المادة ٤٢٥ متأثرا بالنظرة القديمة ، فقصر الطعن بالغبن على بيع العقارات وحدها .

---

(١) السنهورى ص ٣٩٣- عبد الناصر العطار ص ٧٢- محمد شكرى سرور ص ١٥١ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٨٢ ومابعدها - محمد لبيب شنب ص ٤٠- جلال العدوى ص ٩٤

٧٠ـ الشـرط الثالث :
أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية :

يشترط أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامـل الأهليــة ، وذلك بأن يكون إما فاقد الأهلية كالصبى غير المميـز والمجنــون والمعتوه ، أو ناقص الأهلية كالصبى الم ير والمحجور عليه للسفه أو للغفلة .

والعبرة فى توافر أو عدم توافر الأهلية بشخص صاحب العقار المبيع بصرف النظر عمن باشر البيع ، فقد يكون هو نائبه القانونى أى الولى ، الوصى أو القيم ، وقد يكون هو صاحب العقار نفسه .

غير أنه إذا كان صاحب العقار الذى أبرم البيع بنفســه عــديم الأهلية فالعقد باطل بطلانا مطلقا ولا مجال للبحث فيه عن الغــبن . أما إذا كان صاحب العقار الدى أبرم البيع بنفسه ناقص الأهليــة ، فله بجانب دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، دعوى طلب الإبطــال لنقص الأهلية . ويكون للبائع ان يختار أى الدعويين . على أنه قد تكون لناقص الأهلية مصلحة فى عدم الإبطال كمــا إذا انخفضــت قيمة المبيع كثيرا بعد البيع ، ففى هذه الحالة يكون مــن مصــلحة البائع إذا كان البيع مشتملا على غبن يزيد على خمس قيمة العقار

وقت البيع أن يطعن فى البيع فيكمل له الثمن إلى أربعة أخماس تلك القيمة . وإذا أبرم البيع النائب القانونى عن صاحب العقار ، فلا يكون هناك محل لرفع دعوى الإبطال بسبب عدم اكتمال الأهلية ويتعين الالتجاء إلى الطعن فى البيع بالغبن إذا توافرت شروط المادة ٤٢٥ مدنى . غير أن الغبن فى مثل هذا البيع نادر ، إذ أن قانون الولاية على المال قد قيد من سلطة الأولياء والأوصياء والقوام فاشترط لصحة البيوع الذين يتولون إبرامها الحصول على إذن المحكمة ، إلا أن يكون البيع صادرا من الأب فى عقار لاتزيد قيمته على ثلاثمائة جنيه . وأجاز قانون الولاية على المال للمحكمة أن ترفض الإذن إذا كان البيع بغبن يزيد على خمس القيمة (م٧ من لمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) (١).

وإذا كانت العبرة بأهلية صاحب العقار المبيع على ما أوردناه سلفا ، فالعبرة أيضا هى بأهليته بالنسبة للعقار المبيع بالذات . ذلك أنه من المتصور أن يكون الشخص ناقص الأهلية للتصرف فى العقارات عموما ، فى الوقت الذى يتمتع فيه بالأهلية الكاملة

---

(١) حميس خضر ص ١٠٠- محمد شكرى سلامه ص ١٥٤- سليمان مرقس ص ٢٣٢ .

للتصرف فى عقار بذاته . كمن بلغ سن ستة عشر عاما و اشـــترى عقارا من كسب عمله . وكالزوجة القاصر التى تكون قد أعطيـــت عقارا على سبيل المهر ، فإن كلاهما يكون أهلا لبيع هذا العقـــار ، وإذا باعه فلا يجوز الطعن فى البيع على أساس الغبن إذ أن العقار فى هذه الحالة مملوك لشخص كامل الأهلية بالنسبة لبيـــع العقـــار المبيع بالذات (١).

ويلزم أن يكون المغبون هو البائع ، فلا يجوز للمشترى الطعن بالغبن إذا زاد الثمن على قيمة المبيع ولو كان المشترى غير كامل الأهلية .

ولم تذكر المادة (٣٣٦، ٤١٩) من القانون الملغى إلا القاصـــر، إلا أن القضاء جرى على أن ذلك يشمل غير القاصر أيضا من غير كاملى الأهلية (٢).

٧١ـ الشـــرط الرابع :

أن يكون فى البيع غبن يزيد على خمس قيمة العقار :

لايكفى مجرد زيادة قيمة العقار المبيع على الثمن بقـــدر يســـير

---

(١) اسماعيل غانم ص ٨٣ - خميس خضر ص ١٠٠ ومابعـــدها - عبـــد الناصر العطار ص ٨٣

(٢) محمد كامل مرسى ص ١٨٦

للطعن فيه بالغبن . بل يجب أن يكون الغبن فاحشا. والغبن الفاحش الذى يجوز معه طلب تكملة الثمن هو الغبن الذى يزيد على خمس قيمة العقار ، بمعنى أنه يشترط أن يكون الثمن أقل من أربعة أخماس قيمة العقار .

واعتبار الغبن فاحشا إذا زاد على خمس قيمة العقار أمر جارى فيه القانون معظم مذاهب الفقه الإسلامى [(١)].

فيشترط أن يكون البيع قد تم بثمن يقل عن أربعة أخماس ثمن المثل .

ويقوم العقار بقيمته السوقية يوم البيع ، لا قبل البيع ولابعده .

ويراعى فى تقويم قيمته، قيمته المادية بحسب العرض والطلب، لا قيمته الشخصية عند المشترى ، بمعنى أنه لاينظر إلى الفائدة الخاصة التى يمكن أن يحققها العقار لمشتريه بالذات ، نظرا لظروف شخصية تخصه [(٢)].

ويجب أن تؤخذ فى الاعتبار - فى هذا التقويم مختلف العناصر القابلة لأن تؤثر - فى ذلك الوقت - على قيمة العقار المبيع . فقيمة

---

(١) عبد الناصر العطار ص ٨٣ .

(٢) السنهورى ص ٣٩٨ - عبد الناصر العطار ص ٨٤- محمد لبيب شنب ص ٤١ - محمد شكرى سرور ص ١٥٨ ومابعدها .

العقار الذى يباع مؤجرا مثلا ، تكون أقل من قيمة العقار الدى يباع خاليا .

كما يجب أن يؤخذ فى الاعتبار عند تقدير الثمن ، الثمار التى كانت- عند التراضى على البيع - قائمة بالأرض ، لأنها كانت تمثل- إذ ذاك - جزءا من العقار المبيع ويكون لها تأثيرها فى تحديد الثمن ، ولو كان المشترى - على أثر العوامل الجوية اللاحقة- لم يحقق فيها أية فائدة . كما يؤخذ فى الاعتبار أيضا- وعلى نفس الأساس - قيمة المبنى الد ى كان مقاما على الأرض والذى تقوض فيما بعد أو احترق ، وما كان يلحق بالأرض المبيعة- عند البيع - من عقارات بالتخصيص ، وتحسب قيمة هذه لا على استقلال وإنم ... الأرض المبيعة نفسها ، بمعنى أن يؤخذ فى الاعتبار مبلغ ما تصفيه هذه العقارات من قيمة على المبيع فى مجموعه [١].

ولايدخل فى الثمن ، المصروفات فهى لا تعود على صاحب العقار بفائدة [٢].

---

(١) محمد شكرى سرور ص ١٥٩ .
(٢) السنهورى ص ٣٩٨ - محمد شكرى سرور ص ١٦٠

ويجوز اللجوء لأهل الخبرة لتقدير قيمة العقار .

ويكفي توافر الغبن دون أن تكون إرادة المغبون معيبة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" نص المشروع على الطريقة التى يقدر بها الغبن ، فذكر أنه يجب، لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس ، أن يقوم العقار حسب قيمته وقت البيع . وهذا ما جرى عليه القضاء المصرى ، فقننه المشروع ناقلا فى ذلك صيغة المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٩٥) [١] " كما جاء بها :

" ويلاحظ أن معيار الغبن هنا معيار مادى . أما الغبن فى العقود بصفة عامة ، وهو الاستغلال المنصوص عليه فى الالتزامات بوجه عام ، فمعياره معيار نفسى ، ولايشترط فيه الوقوف عند رقم معلوم ، وقد سبق بيان ذلك[٢] ... " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشترط لتحقق الغبن الفاحش فى بيع عقار غير كامل الأهلية أن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٣٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٤٠ ومابعدها .

وتقدير ما إذا كانت قيمة العقار تزيد على الثمن بأكثر مـن خمـس القيمة هو من سلطة محكمة الموضوع مادامت قد أقامت قضـاءها على أسباب سائغة ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنـه لـم يتقيد فى تقدير قيمة الأطيان المبيعة بأحكام المـادة التاسـعة مـن القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ فى شأن قيمة التعويض الـذى كـان يستحق عن هذه الأطيان فى حالة استيلاء الحكومة عليها وإنما اتخذ من تحديد الثمن بالعقد بمبلغ يماثل قيمة التعويض المـذكور قرينـة على أن الثمن المتفق عليه فى العقد ليس فيه غبن فاحش وهو تدليل سائغ يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم وكان الطـاعن لـم ينازع أمام محكمة الموضوع فى أن الثمن المحدد فى العقد يماثـل سبعين مثل الضريبة المربوطة على الاطيان المبيعة- وهـو قيمـة التعويض المنصوص عليه فى المادة التاسعة مما يكون معه النعـى فى هذا الخصوص سببا جديدا لايجوز التحدى به لأول مـرة أمـام محكمة النقض . لما كان ذلك فإن النعى يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٢/٣)

٧٢- الغبن فى التصرفات الخاضعة لإذن المحكمة :

يلاحظ أن القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال قد ضيق من ولاية الأوصياء فى التصرف فى عقارات الأشخاص الذين لاتتوافر لهم الأهلية ، فاشترط فى صحة هذه التصرفات إذن المحكمة بها فى جميع الأحوال إلا أن يكون التصرف صادرا من الأب فيما لاتجاوز قيمته ثلثمائة جنيه ، وأجاز للمحكمة أن ترفض الإذن إذا كان فى البيع غبن يزيد على خمس القيمة (م٧)، فأصبح لايتصور وقوع بيع ينطبق عليه حكم المادة ٤٢٥ مدنى إلا أن يكون البيع صادرا من الأب فيما لاتجاوز قيمته ثلاثمائة جنيه أو يكون البيع صادرا من ناقص الأهلية نفسه .

وسنرى أنه يكون لناقص الأهلية الخيار بين رفع دعوى تكملة الثمن ، وبين طلب إبطال البيع .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" هذا ويلاحظ أن نظام المجالس الحسبية يمنع فى أحوال كثيرة من تطبيق هذه الأحكام ، فإن بيع عقار القاصر والمحجور عليه يكون عادة بقرار من المجلس الحسبى بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الغبن . على أن الغبن يتصور وقوعه بالرغم من ذلك كما إذا

باع القاصر عقاره بثمن بخس دون الرجوع إلى المجلس الحسبى. فيكون البيع قابلا للإبطال من جهة ، وقابلا للطعن عليه بالغبن من جهة أخرى .... الخ " (١).

وقضت محكمة النقض بأن :

"تنص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى فقرتها الثانية على أنه " لايجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة " ومفاد ذلك أن اشتراط خلو التصرف من الغبن الذى يزيد على خمس القيمة قاصر على التصرفات الخاضعة لاستئذان المحكمة ، وإذ كان عقد البيع الصادر من الولى الشرعى ببيع أطيان النزاع - التى آلت للقاصر بطريق التبرع من أبيه - إلى المطعون ضدها الأولى غير مقيد بصدور إذن من المحكمة بإبرامه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بصحته ونفاذه لايكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٩٥٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٩)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٠ .

٧٣- الشرط الخامس :

ألا يكون البيع قد تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى :

إذ تنص المادة ٤٢٧ مدنى أنه : " لايجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى " .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ٤٢٧) .

٧٤- أثر الغبن :

إذا توافرت الشروط السابقة ، حق لصاحب العقار المبيع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل وقت البيع . فالمشرع لم يواجه الغبن فى بيع عقار غير كامل الأهلية بدعوى لإبطال العقد ، وإنما فحسب بدعوى لتكملة الثمن . والثمن لايكمل إلى ثمن المثل بل إلى أربعة أخماسه فقط . وذلك باعتبار أن الخمس هو غبن يسير يتسامح فيه ، أو بتعبير آخر، هو المقدار الذى يتغابن فيه الناس عادة . ويعتبر المبلغ المحكوم به جزءا من الثمن . فتنطبق عليه كافة القواعد الخاصة بالالتزام بدفع الثمن . فيكون مضمونا بامتياز البائع على العقار المبيع ، وللبائع أن يحبس المبيع إن لم يكن المشترى قد تسلمه إلى أن يتم الوفاء بالثمن كله بما فى ذلك القدر المحكوم به . ويكون للبائع طلب الفسخ (لا الإبطال) إذا تخلف المشترى عن الوفاء بهذا القدر، باعتبار المشترى قد تخلف عن تنفيذ التزامه بأداء جزء من الثمن [١].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٨٦ ومابعدها - سليمان مرقس ص ٢٣٤ .

وعلى صاحب العقار المبيع أو نائبه القانونى أن يثبت حقه فى تكملة الثمن . فهو الذى يدعى أن غبنا لحق به فيتعين عليه إقامة الدليل على ما يدعيه ، وذلك بأن يثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد على الثمن المتفق عليه بأكثر من خمس القيمة . وله - فى هذا الشأن- أن يطلب ندب خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع . فإذا أثبت ذلك حكم القاضى على المشترى بتكملة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس قيمة العقار المبيع [١].

٧٥- دعوى تكملة الثمن :

ترفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس الثمن من مالك العقار المبيع أى من غير كامل الأهلية بعد أن يستكمل أهليته أى بعد بلوغه سن الرشد أو رفع الحجر عنه ، ومن ورثته بعد وفاته. ويجوز أن يرفع الدعوى الوصى أو الولى أو القيم أيضا . وإن كان ذلك غير متصور عملا إلا إذا صدر البيع من ناقص الأهلية نفسه[٢].

---

(٢) محمد شكرى سرور ص ١٦٧ .

(٣) سليمان مرقس ٢٣٤ - عبد المنعم البدراوى ص ٣٢٤- محمد شكرى سرور ص ١٦٦- خميس خضر ص ١٠٤- محمد لبيب شنب ص ٤٣- عبد الناصر العطار ص ٨٤- منصور مصطفى منصور ص ٦٣- جلال العدوى ص ٩٦- وعكس ذلك أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٤٧٠ - محمد كامل مرسى ص ١٩٠ - أحمد فتحى زغلول ص

ولغير كامل الأهلية الخيار بين رفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل طبقا لحكم المادة ٤٢٥ مدنى، وبين رفع دعوى إبطال البيع بسبب نقص أهليته.

وقد تكون مصلحة البائع فى التمسك بالبيع وطلب تكملة الثمن، فينزل عن حقه فى إبطال العقد ، وتتحقق هذه المصلحة إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالغبن عما كانت عليه وقت البيع بحيث تكون تكملة الثمن التى يحصل عليها من وراء الطعن بالغبن خيرا له من استرداد المبيع إذا هو طعن فى البيع بالبطلان .

وقد جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعة بمجلس النواب أنه :

" أوردت هذه المادة حكم الغبن فى بيع عقار ناقص الأهلية ، وقد استبدلت فيها اللجنة بعبارة " فليس للبائع إلا أن يطلب تكملة الثمن " عبارة " فللبائع أن يطلب تكملة الثمن " لأن العبارة الأولى توهم أن البائع ناقص الأهلية لايملك فى حالة الغبن إلا دعوى تكملة الثمن . والواقع أنه يملك أيضا دعوى إبطال العقد لنقص أهليته ، وقد يرى المصلحة فى إحدى الدعويين دون الأخرى " [1].

---

٢٥٣ فيروى أنه لايجوز للنائب عن غير كامل الأهلية رفع الدعوى لأن هذا الحق من الحقوق الشخصية التى تتعلق بغير كاملى الأهلية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٣٦

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد النص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٢٥ من القانون المدنى أنه يشترط للتمسك بالغبن فى البيع وفقا له أن يكون مالك العقار المبيع غير كامل الأهلية سواء أكان فاقد الأهلية أم كان ناقصها وقت البيع ، وأن هذا الدفع فيما لو ثبت صحته وتوافرت شروطه لايؤدى إلى إبطال العقد وإنما هو سبب لتكملة الثمن، وينبنى على ذلك ألا يكون مقبولا ممن هو كامل الأهلية التمسك بإبطال عقد البيع تطبيقا لهذا النص وإنما يجوز له طلب الإبطال إذا كان المتعاقد معه قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا دفعه إلى التعاقد وأوقع به الغبن إعمالا لنص المادة ١٢٩ من القانون المدنى".

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٢- " مفاد النص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٢٥ من القانون المدنى أنه يشترط للتمسك بالغبن فى البيع وفقاً له أن يكون مالك العقار المبيع غير كامل الأهلية سواء أكان فاقد الأهلية أم كان ناقصها وقت البيع ، وهذا الدفع فيما لو ثبتت صحته وتوافرت شروطه لايؤدى إلى إبطال العقد وإنما هو سبب لتكملة الثمن" .

(طعن رقم ١٦١٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/٢/١٩)

مـــادة (٤٢٦)

١- تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيـــه صاحب العقار المبيع .

٢- ولاتلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا كســـب حقا عينيا على العقار المبيع .

الشـــرح

٧٦- سقوط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن بالتقادم :

تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن بانقضـــاء ثـــلاث سنوات من وقت اكتمال أهلية صاحب العقار المبيع ، أو من وقـــت موته إن مات قبل أن تكتمل أهليته .

أما إن كان موته بعد ذلك ، فإن مدة ثلاث السنوات- التى تكون بدأت من وقت اكتمال الأهلية قبل الوفاة – تتم بما يكملها بعد الوفاة.

ومدة التقادم المسقط لهذه الدعوى لاتقبل الوقـــف بســـبب عـــدم الأهلية ، فإذا توفى غير كامل الأهلية وكان بين ورثته صغير ليس له نائب قانونى فلا توقف الدعوى ، ذلك أن التقادم الذى يوقف لهذا السبب هو التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات (م٢/٣٨٢)[1].

غير أنه يراعى أن دعوى الفسخ مستقلة عن دعوى تكملة الثمن، وإن كانت تقوم نتيجة لها .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٢٤- خميس خضـــر ص ١٠٥ – ســـليمان مرقس ص ٢٣٤

فلا تسقط دعوى الفسخ إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت قيام سبب الفسخ أى من وقت امتناع المشترى عن تكملة الثمن [١].

٧٧- عدم الإضرار بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع :

تنص الفقرة الثانية من المادة (٤٢٦) على أنه : " ولاتلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع " .

والمقصود بالدعوى هى دعوى تكملة الثمن ، وما قد يتبعها من دعوى فسخ البيع إذا لم ينفذ المشترى الحكم الصادر بتكملة الثمن .

وهذا النص هو تطبيق للمبادئ العامة ، والتى تحمى الغير حسن النية الذى يكون قد اكتسب على العقار المبيع حقا عينيا وهو لايعلم بالغبن الذى لحق بالبائع .

فقد نصت المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (المعدل) على أنه : " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية إبتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها .

ولايكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة ".

---

(١) السنهورى ص ٤٠٣ - عبد الناصر العطار ص ٦٤

والمادة (١٥) المشار إليها تنص على أنه : " يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجل تلك الدعاوى .

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية .

وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة " .

وعلى ذلك إذا فسخ البيع بناء على طلب غير كامل الأهلية أو نائبه القانوني لعدم دفع المشتري فرق الثمن المحكوم به ، وتبين أن المشتري كان قد تصرف في العقار لمشتر حسن النية ، وسجل هذا عقده قبل أن يرفع البائع الأصلي دعوى الفسخ أو بعد رفعها وقبل تسجيل صحيفة دعواها وفقا لأحكام قانون تنظيم الشهر العقاري ، فإن حكم الفسخ لايمكن أن يحتج به على المشتري الثاني. فيحتفظ هذا بملكية العقار ويستحيل حق البائع الأصلي إلى تعويض ويشمل التعويض في هذه الحالة قيمة المبيع كاملة ولايكتفي فيه بأربعة أخماسها . ولذلك يكون من مصلحة البائع في مثل هذه الحالة أن يبادر إلى التأشير بحكم تكملة الثمن في هامش تسجيل عقد البيع

حتى يستطيع الاحتجاج بامتياز البائع على الغير الذى يكسب حقوقا عينية على العقار بعد هذا التأشير.

فإذا أراد رفع دعوى الفسخ بعد ذلك وجب أن يستوثق أولا من أن المشترى لم يتصرف فى المبيع ، ثم يرفع دعوى الفسخ ويبادر إلى تسجيل عريضتها حتى يستطيع الاحتجاج بحكم الفسخ - متى صدر- على من يكون قد سبق أن اكتسب حقا عينيا على العقار فى الفترة ما بين تسجيل دعوى الفسخ وصدور الحكم فيها . أما إذا وجد قبل رفع دعوى الفسخ أن المشترى قد تصرف للغير فى العقار وأن الغير قد حفظ حقه بتسجيله ، انعدمت مصلحته فى الفسخ وكان الأولى به أن ينفذ بفرق الثمن على أموال المشترى فضلا عن حقه فى تتبع المبيع فى يد المتصرف إليه بمقتضى ماله عليه من امتياز(١).

كما يتفق النص مع القاعدة الواردة بالمادة ١٠٣٤ مدنى - الواردة فى الرهن الرسمى - والتى تقضى بأن : " يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن ".

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٣٥ ومابعدها - عبد المنعم البدراوى ص ٢٢٥ ومابعدها - محمد شكرى سرور ص ١٦٨ ومابعدها .

مــادة (٤٢٧)

لايجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المــزاد العلنى .

الشــرح

٧٨ـ عدم جواز الطعن بالغبن فى البيــع الــذى يــتم كــنص القانون بطريق المزاد العلنى :

كانت المادة (٥٦٧) من المشروع التمهيــدى للتقنــين المــدنى المقابلة للمادة (٤٢٧) تنص على أنه : "لايجوز الطعن بالغبن فــى بيع ينص القانون على أنه لايتم إلا بطريق المزاد العلنى " .

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" نص المشروع على عدم جواز الطعن بالغبن فى بيــع يــنص القانون على أنه لايتم إلا بطريق المزاد العلنى ، كالبيع جبرا للتنفيذ على مال المدين ، وكبيع عقار القاصر فى المــزاد العلنــى ، لأن المفروض فى هذه البيوع أن كل الإجراءات اللازمة للحصول على أعلى ثمن ممكن وقت البيع اتخذت ، فإذا رسا المزاد ، رغم ذلك ، بثمن فيه غبن ، فليس فى الأمر حيلة . وفى هذا أيضا تقنــين لمــا جرى عليه القضاء فى مصر " [(١)].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٤٠ .

وفى لجنة المراجعة أقرت اللجنة المادة مع " تحوير يجعل المعنى أدق " وأصبح نصها كما هو عليه بالوضع الراهن [١].

وقد ثار الخلاف فى تطبيق هذا النص بصدد بيع عقار غير كامل الأهلية ، إذا اشترطت المحكمه بيعه بالمزاد العلنى وتم البيع فعلا بالمزاد وفقا للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات فى بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب .

فذهب رأى إلى أنه لايجوز الطعن بالغبن فى مثل هذا البيع، على سند من أن المشروع التمهيدى للمادة ٤٢٧ مدنى كانت تقضى بعدم جواز الطعن بالغبن فى بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزاد العلنى . فكان الطعن بالغبن ممتنعا ، بموجب هذا النص ، فى بيع يحتم القانون أن يكون بالمزاد العلنى ، وذلك كبيع عقار المدين للتنفيذ بالدين وبيع العقار لعدم إمكان قسمته عينا . أما إذا كان البيع لايتحتم قانونا أن يكون بالمزاد العلنى ، كبيع عقار غير كامل الأهلية والغائب ، فإنه يجوز الطعن فيه بالغبن ولو حصل بالمزاد العلنى . ولكن نص المشروع التمهيدى حور فى لجنة المراجعة ، واستقر النص فى المادة ٤٢٧ من التقنين المدنى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٤١

الجديد على الوجه الآتى : " لايجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى " ، فأصبح ، بموجب هذا النص، الطعن بالغبن ممتنعا فى بيع عقار غير كامل الأهلية إذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزاد العلنى ، وتم البيع فعلا بالمزاد كنص القانون أى وفقا للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات فى بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب (١).

بينما ذهب رأى آخر، إلى أنه يجوز الطعن بالغبن فى هذا البيع ، لأن البيع بالمزاد لايمتنع فيه الطعن بالغبن إلا إذا كان القانون يحتم الالتجاء إلى المزاد . وهذا البيع يصح أن يقع بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات ولكن القانون لايحتم ذلك ، فقد يحصل الوصى على إذن المحكمة فى بيع عقار القاصر، وتقتصر المحكمة على أخذ أى خبير فى قيمة العقار ومناسبة الثمن لهذه القسمة دون أن تحتم أن يكون بالمزاد العلنى (٢).

ونرى الأخذ بالرأى الأول .

---

(١) السنهورى ص ٣٩٤ وهامش (٢) ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٢٢١- سليمان مرقس ص ٢٣٣ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٨٥- خميس خضر ص ١٠٣- منصور مصطفى منصور ص ٦٢- ومابعدها .

وينطبق نص المادة على البيوع القضائية والإدارية على حد سواء .

ولكن يراعى أن النص لايسرى على نزع ملكية عقار مملـــوك لغير كامل الأهلية للمنفعة العامة ، بحجة أن التعويض غير كـــاف وأنه ينطوى على غبن فاحش .

فالمفروض أن صاحب العقار المنزوع ملكيته قد طرق الســبل القانونية التى فتحها له القانون لجعل التعويض عادلا لاينطوى على غبن .

التزامات البائع :

مـــادة (٤٢٨)

يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيـــع إلـــى المشترى وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقــل الحــق مستحيلا أو عسيرا .

الشـــرح

٧٩ـ التزام البائع قبل المشترى :

قد يكون المبيع حق ملكية ، وهذا هو الغالب ، وقد يكون حقــا عينيا آخرا متفرعا على حق الملكية كحق الانتفاع وحــق الرقبــة وحق الارتفاق وحق الحكر . كما قد يكون حقا شخصيا ، وقد يكون حقا معنويا كحق المؤلف .

طبقاً للمادة فإن البيع ينشئ فى ذمة البائع التزاما بنقل الملكيــة إلى المشترى . وهذا الالتزام قد يقتضى منه فى بعــض الأحيــان تدخلا إيجابيا أى القيام بأعمال مادية إيجابية من شأنها أن تجعل نقل الحق متيسرا . من ذلك – فى العقار – تقديم الشــهادات اللازمــة للتسجيل ، كمستندات الملكية وبيان حدود العقار إلى المشترى. وفى المنقول إفراز المبيع إذا لم يكن هذا معينا إلا بجنسه ونوعه . وقــد يقتضى منه أكثر من ذلك بأن يقف موقفا سلبيا ، بأن يلتزم بــالكف عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق إلى المشترى مستحيلا أو عسيرا .

ومثال الأعمال التى تجعل نقل الملكية مستحيلا فيتعين من ثم على البائع الكف عنها ، أن يتصرف فى المنقول - بعد البيع- ويسلمه لمشتر ثان حسن النية ، أو أن يلحق بالمبيع تلفا أو تخريبا بحيث يهلكه كليا أو جزئيا بما يستحيل معه انتقال ملكيته بالصفة إلى المشترى .

ومثال الأعمال التى تجعل نقل الملكية عسيرا فيتعين على البائع الكف عنها بدورها ، أن يخفى مستندات ضرورية للتسجيل كشهادة الضريبة العقارية ، لأن المشترى إن كان يجوز له الحصول عليها إلا أن ذلك يكون بمشقة[1] .

ولما كان نقل الملكية فى العقار لايتم سواء بالنسبة للمتعاقدين أم بالنسبة للغير سواء فى قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣، أم بموجب القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٦٤ (المعدل) بتنظيم الشهر العقارى إلا بالتسجيل فإن البائع يلتزم القيام بالأعمال التى من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسرا ، من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل وتصديق البائع على إمضائه تمهيدا لتسجيل العقد ، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع .

---

(١) محمد شكرى سلامه ص ٢٠٩ ومابعدها - محمد لبيب شنب ص ٨٩ ومابعدها .

فإذا امتنع البائع عن القيام بهذه الأعمال ، لم يكن أمام المشترى إلا أن يرفع دعوى بصحة ونفاذ العقد الصادر له ، ثم يقوم بتسجيل الحكم الصادر فى هذه الدعوى ، فتنتقل إليه الملكية .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تفصل المادتان (٥٦٨ و ٥٦٩) التزام البائع بنقل الملكية أو الحق المبيع . فتحدد المادة الأولى الأعمال التى يجب أن يقوم بها البائع لتنفيذ هذا الالتزام ، ولانظير لها فى التقنين الحالى . وسنرى فى المادة التالية أن الملكية تنتقل بحكم القانون ولكن قد يطلب من البائع أن يقوم بأعمال مادية ، إيجابية أو سلبية ، من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسرا ، ومن ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل وتصديق البائع على إمضائه تمهيدا لتسجيل العقد ، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع ، وفرز المثليات ، والامتناع عن التصرف فى العين تصرفا يضر بالمشترى (أنظر أيضا المادة ٥٧٣ من المشروع) . ويلاحظ أن المشروع يلزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى " لنقل الحق المبيع " ، وهذه عبارة عامة لاتقتصر على " نقل الملكية " بل تشمل أى حق عينى أو شخصى يقع عليه البيع "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٤٢ ومابعدها .

(دعـوى صحـة التعاقـد)

٨٠ ـ المقصود بدعوى صحة التعاقد :

رأينا أن المادة ٤٢٨ مدنى تنص على أن يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا .

ولما كان بيع العقار لاينتقل إلى المشترى إلا إذا سجل العقـد ، فإن البائع يلتزم بان يقوم بما هو ضرورى مـن جانبـه لإجـراء التسجيل ، ومنها التوجه إلى مكتب الشهر العقارى للتوقيع على عقد البيع المعد للشهر المحرر على ورق خاص من نوع خاص ، أمـام الموثق أو الموظف المختص بالتصديق على الإمضاءات ، وذلـك بعد اعتماد مشروع العقد من مصلحة المساحة وختمه بخاتم صـالح للشهر . فإذا تقاعس البائع عن ذلك فإن المشترى يستطيع اتخـاذ إجراءات التنفيذ العينى ، ويكون ذلك برفع دعوى صحة التعاقـد أو كما تسمى أيضا دعوى صحة ونفاذ عقد البيـع - فهمـا مسـميان لدعوى واحدة[1] - على البائع أو ورثته فى حالة وفاة البائع قبـل

---

(١) **فقد قضت محكمة النقض بأن :**

" دعوى إثبات التعاقد ودعوى صحة ونفاذ العقد هما مسـميان لـدعوى واحدة موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضـوع العقـد ومداه ونفاذه " .

(طعن رقم ٨٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

التسجيل . فيطلب المشترى القضاء بصحة ونفاذ عقد البيع ، وتقضى المحكمة بذلك بعد التحقق من وجوده وصدوره من البائع وصحة توقيعه على العقد العرفى .

فإذا ما صدر الحكم من القاضى بصحة ونفاذ العقد . فإن هذا الحكم يقوم مقام العقد المصدق على التوقيع عليه ، ويستطيع المشترى تسجيل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية المبيع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان عقد البيع موضوع التداعى قد استوفى أركان انعقاده وشروط صحته من رضاء غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة ومحل محدد تحديدا نافياً للجهالة وجائز التعامل فيه وثمن نقدى معلوم مسدد بالكامل وبالتالى يتولد عنه التزام على الشركة المطعون ضدها (البائعة) بالقيام بما هو ضرورى لنقل الملكية إلى المشترى عملاً بنص المادة ٤٢٨ مدنى ، ... التزام البائع بذلك هو التزام بعمل يمكن تنفيذه عينياً " .

(طعن رقم ٢٥١٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥)

والأساس الذى تقوم عليه هذه الدعوى ما تنص عليه المادة ٢١٠ مدنى من أنه : " فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام " . فهى إذن تقوم على إمكانية تنفيذ الالتزام عينا رغما عن المدين ، وحكم القاضى بصحة ونفاذ

التصرف هو التنفيذ العينى . إذ يكون هذا الحكم بمثابة عقد مصدق فيه على التوقيع فيسجل وتنتقل الملكية إلى المشترى وفى هذا تنفيذ عينى لالتزام البائع بنقل الملكية[1] .

ويلاحظ أن هذه الدعوى قد ابتدعها العمل بعد صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ثم قننها التقنين المدنى الجديد فى المادة ٢١٠، ثم نظمها القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم الشهر العقارى .

وقد استعملت هذه الدعوى بعد ذلك لإثبات التعاقد على الحقوق العينية الأخرى .

(أنظر فى كل ما يتعلق بالتسجيل والقيد بالسجل العينى وآثارهما وأحكام شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد وشهر الصلح المجلد السادس عشر) .

٨١ ـ تعريف محكمة النقض لدعوى صحة التعاقد :

عرفت محكمة النقض دعوى صحة التعاقد بقولها :

١- " ينطوى تحت دعاوى الاستحقاق الواردة بالمادة السابعة من قانون التسجيل كل دعوى يكون غرض مدعيها منها ثبوت ملك أو أى حق من الحقوق العينية له أو لعقاره ولو مآلا . فإذا اعتبر حكم أن دعوى صحة التعاقد هى من دعاوى الاستحقاق التى يصح

---

(١) الدكتور برهام عطا الله دعوى صحة التعاقد على البيع طبعة ١٩٨٣ ص ١١٢ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٣١٣ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص ١٠٩ .

تسجيل عرائضها ورتب على تسجيل عريضــتها الأثــر القــانونى المنصوص عليه بالمادة ١٢ من قانون التسجيل ، فلا مخالفة للقانون فى ذلك".

(طعنان رقما ٤٨، ٥٣ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٣/١/٥)

٢- " دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى اســتحقاق مــآلا للقدر المبيع يقصد بها -- على ما جرى به قضاء محكمة الــنقض- تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشــترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثــار مــن منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/٣١)

٣- " من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مآلاً يقصد بهــا تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقــل الملكية بما لازمه أن يكون البائع مالكاً أصلاً للعقار المبيع ، فهــى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه . فإذا ثبت أن البائع ليس مالكاً للعقار المبيــع تعــين رفض الدعوى لا لأن أساسه أن البائع باع ملك غيره وأن بيع ملك الغير قابل للإبطال ذلك لأن قابليتــه للإبطــال مقــررة لمصــلحة المشترى فهو وحده الذى له طلبه طبقا للمادة ١/٤٤٦ من القــانون

المدنى ولكن هنا يطلب صحة البيع ونفاذه ولكن الرفض أساسه كون البيع غير نافذ فى نقل الملكية إلى المشترى ، ودعوى صحة التعاقد لاتقبل إلا إذا كان من شأن البيع المتمسك به نقل الملكية وإلا كـان الحكم بصحة ونفاذ العقد لغواً عديم القيمة . وليس بـلازم – حتـى تحكم المحكمة برفض الدعوى فى هذه الحالـة – تـدخل المالـك الحقيقى فيها مادام أن البائع غير مالك المبيع وبالتالى فـإن البيـع الصادر منه لا يكون نافذا فى نقل الملكية إلى المشترى " .

(طعن رقم ١٧٦٩ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/١١/٢٦)

٨٢ـ المصلحة فى رفع الدعوى :

تنص المادة الثالثة من قانون المرافعات (المستبدلة بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦) على أن :

" لاتقبل أى دعوى كما لايقبل أى طلب أو دفع استنادا لأحكـام هذا القانون أو أى قانون آخر ، لا يكون لصـاحبه فيهـا مصـلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون .

ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشـى زوال دليلـه عند النزاع فيه .

وتقضى المحكمة من تلقاء نفسها ، فى أى حالة تكـون عليهـا الدعوى ، بعدم القبول فى حالة عدم توافر الشـروط المنصـوص عليها فى الفقرتين السابقتين .

ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعى بغرامة إجرائية لاتزيد عن خمسمائة جنيه إذا تبينت أن المدعى قد أساء استعمال حقه في التقاضي " .

فالمصلحة هي مناط الدعوى ، ويقصد بها المنفعة التي يجنيها المدعى من التجائه إلى القضاء .

ومبنى ذلك أنه لا يجب أن تشغل المحاكم بدعاوى لا يفيد منها أحد .

ومن ثم فإن دعوى صحة التعاقد ، كالشأن فى أية دعوى أخرى، يجب أن يتوافر لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون . فإذا انتفت هذه المصلحة كانت الدعوى غير مقبولة ، وتقضى المحكمة بعدم قبولها من تلقاء نفسها [١].

ومن المسلم به وجود مصلحة لمشترى العقار بعقد عرفى فى رفع الدعوى ، إذا امتنع البائع عن التوجه معه إلى مكتب الشهر العقارى للتوقيع على عقد البيع المعد لذلك أمام الموثق أو الموظف المختص بمكتب الشهر العقارى .

إلا أنه يثور التساؤل عما إذا كانت توجد مصلحة للبائع فى رفع هذه الدعوى .

---

(١) راجع مؤلفنا الدفوع فى قانون المرافعات فى ضوء الفقه والقضاء .

والإجابة على ذلك ، أن القاعدة العامة أنه لاتوجد ثمة مصلحة للبائع فى رفع هذه الدعوى ، إلا إذا تبين من وقائع الدعوى وجود مصلحة له فى ذلك [(١)].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

" لايحدد القانون الدعاوى التى يجوز رفعها ، وإنما يشترط لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها مصلحة قائمة يقرها القانون، وتكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

وإذا كان الطاعنان قد طلبا بدعواهما الحكم بصحة التعاقد عن عقد البيع الصادر منهما إلى المطعون عليه ، وتمسكا بقيام مصلحة لهما فى الحصول على الحكم ، لأن البيع تم وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ويجب تسجيله ، وأنهما لن يتمكنا قبل التسجيل من قيد حق الامتياز المقرر لهما على العين المبيعة وأن تكليف الأطيان لاينتقل إلى اسم المطعون عليه إلا بعد إتمام التسجيل مما يعرضهما لدفع الضرائب المستحقة على الأطيان، وكان يبين من الحكم الابتدائى – الذى أيده وأحال إلى أسبابه الحكم المطعون فيه – أنه قضى برفض دعوى الطاعنين استنادا إلى أن

---

(١) الدكتور محمد المنجى عقد البيع الابتدائى الطبعة الأولى ١٩٨٣ ص٣٦٧.

البائع لايملك رفع دعوى صحة البيع ، دون أن ينفى وجود مصلحة للطاعنين فى إقامة دعواهما ، فإنه يكون قد أخطأ فى القانون بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٤٦ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/٢/٢٦)

٨٣ـ طبيعة دعوى صحة التعاقد :

دعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية . فهى شخصية، لأن المدعى يستند فيها إلى حقه الشخصى المتولد عن عقد البيع غير المسجل لأنه لم يصبح بعد صاحب حق عينى ، فهو لايطالب بتثبيت ملكيته للعقار المبيع – وهذا غير جائز – وإنما يطالب بتنفيذ التزام شخصى ناشئ عن عقد البيع .

وهى عقارية ، لأنها تهدف فى النهاية إلى ثبوت حق عقارى، عن طريق الحصول على حكم بثبوت عقد البيع العرفى يقوم مقام تسجيل عقد البيع . ويرفعها المشترى أو ورثته على البائع أو ورثته(١).

٨٤ـ اتساع سلطة المحكمة فى دعوى صحة التعاقد لبحث ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وصحته وبطلانه :

دعوى صحة التعاقد هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه بما يستلزم أن يكون من

---

(١) خميس خضر ص ١٣٦ – محمد المنجى ص ٢٥٤ .

شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قـــام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية .

ومن ثم تتسع سلطة المحكمة للتصدى لما يثار عن تكييف العقد، وما إذا كان العقد بيعا أم عقدا أو تصرفا آخرا كهبة أوصية ، بـــل إنه يجب على المحكمة من تلقاء نفسها تكييف العقد .

وتتسع أيضا لما يثار عن قابلية المبيع للتعامل فيـــه ، أو عـــن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه ، وكذلك بحث ما يثار من أســـباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه أو صحته أو بطلانه ، ومنها أنه غير جدى أو صورى صورية مطلقة ، أو اتفق أو قضى بفسخه .

كما تتسع للفصل فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ، وهل كان له عذر فى الامتناع .

والوقوف عما إذا كان لهذا الامتناع سبب ببرره أم لا . فإذا كان سبب امتناع عن تسجيل البائع العقد هو عدم تنفيذ التزامات المشترى ، كعدم دفع الثمن مثلا ، فإنه لا يجوز القضاء بصحة التعاقد .

وبصفة عامة فإن سلطة القاضى تتسع لكل ما يثار فى الدعوى ويكون من شأنه ألا يقضى بصحة التعاقد .

فدعوى صحة التعاقد إنما تعنى أن موضوعها هو البحـــث فـــى

حقيقة البيع الوارد على العقار ، فهى دعوى تبحث فى مدى حق المشترى الذى تعلق بالعقار [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن : .

" وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أنه لما كان من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية منه إلى المشترى تنفيذاً عينياً وذلك بالحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل ملكية العقار المبيع بما لازمه أن يكون البائع مالكاً أصلاً لهذا العقار ، ومن ثم يتعين عند الفصل فى الدعوى بحث ما يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع إذلايكفى حينئذ ما يورده البائع فى العقد من بيان لسند ملكيته ، وكان من المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أيضا أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفي دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانوناً هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة فى النزاع ولم يكن فى أوراق

---

(١) السنهورى ص ٤٩٣ ومابعدها - الدكتور رمضان أبو السعود طبيعة دعوى صحة التعاقد وتقادمها بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية التى تصدرها كلية الحقوق جامعة الاسندرية السنة العشرون العدد الأول ١٩٩٠ ص ٥٣ ومابعدها .

الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها ، وكان الثابت فى الأوراق أن الطاعنين تمسكا أمام محكمة الموضوع بأن سند ملكية البائعة لهما للأرض المبيعة ، هو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وطلبا إحالة الدعوى إلى التحقيق لتمكينهما من إثبات هذا الدفاع ، إلا أن الحكم المطعون فيه التفت عن هذا الطلب الجوهرى وقضى برفض الدعوى استنادا إلى ما ورد بتقرير الخبير من أن الأرض المبيعة لاتدخل ضمن حدود الأرض الواردة بالعقد المسجل سند ملكية البائعة للطاعنين فإنه يكون قد شابه الإخلال بحق الدفاع والقصور فى التسبيب لعدم مواجهته الدفاع سالف البيان الذى جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن ".

(طعن رقم ١٠٤٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥)

ولايشترط أن يرفع البائع دعوى مستقلة بالفسخ ، إذ استعمال الحق كما يكون فى صورة دعوى به يرفعها صاحبه ، يكون فى صورة دفع فى دعوى مرفوعة عليه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مآلا للقدر المبيع يقصد بها - على ما جرى به قضاء محكمة النقض-

تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/٣١)

٢- " دعوى صحة ونفاذ العقد هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وتستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها ، وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة العقد وبالتالى فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وبصحته أو بطلانه ومنها أنه غير جدى أو حصل التنازل عنه ، إذ من شأن هذه الأسباب لو صحت أن يعتبر العقد غير موجود قانونا فيحول ذلك دون الحكم بصحته ونفاذه ومن ثم فلا صحة للقول بأن ولاية القاضى فى هذه الدعوى قاصرة على فحص ما إذا كان التصرف فى المال موضوع النزاع قد صدر أو لم يصدر ، إذ هى تختلف عن دعوى صحة التوقيع التى لاتعدو أن تكون دعوى تحفظية الغرض منها تطمين من بيده سند عرفى إلى أن صاحب التوقيع عليه لايستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه أن ينازع فى

التوقيع ويمتنع فيها على القاضى أن يعرض للتصرف المدون فى السند من جهة صحته وعدم صحته ووجوده أو انعدامه وزواله بل يقتصر بحثه على صحة التوقيع فقط ".

(طعن رقم ٥٧٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦)

٣- " دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ، ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه ".

(طعن رقم ١٥٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥)

٤- " لما كانت دعوى صحة التعاقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذا عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العفد فى نقل الملكية، فيتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه أو ولايته فى عقد البيع ولايجاب المشترى إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين ومن ثم يمتنع التنازع فى شئ من

ذلك من جديد بين الخصوم أنفسهم فى أية دعوى تالية ولو بأدلة جديدة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها أو أثيرت فى الدعوى السابقة ولم يبحثها الحكم الصادر فيها ذلك أن المحكمة لاتقف عند رفض أسباب البطلان التى توجه إلى العقد بل تجاوز ذلك إلى البحث فى صحة العقد ولاتقضى بصحته ونفاذه إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن التصرف الذى يتناوله العقد صحيح ونافذ، وإذ كانت الدعوى تتسع لإثارة جميع أسباب البطلان وعدم النفاذ التى توجه إلى التصرف فإنه إذا فات الخصم إبداء سبب من هذه الأسباب كان فى استطاعته إبداؤه فى تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد فإن هذا يكون مانعا له من رفع دعوى جديدة " .

(طعنان رقما ١٥٥٨ ، ٢٢٤٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٩)

٥- " إذ كان الحكم الصادر فى الدعوى المرفوعة من الطاعنين ضد المطعون عليهم قد قضى بثبوت ملكية الطاعنين للعقار محل العقد موضوع الدعوى الماثلة وهو ما يترتب عليه بالتالى استحالة تسجيل الحكم الذى يصدر فيها بصحة ونفاذ العقد المذكور التزاما بحجية الحكم السابق الصادر ضد المطعون عليهم وإذ قضى الحكم المطعون فيه - على خلاف هذا النظر - بصحة ونفاذ ذلك العقد والتسليم فإنه يكون قد ناقض قضاء الحكم السابق الذى صدر بين

الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى مما يكون معـــه الطعـــن بالنقض جائزاً " .

(طعن رقم ٣٦٨٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٣)

٦- " لئن كانت دعوى صحة ونفاذ عقد البيع دعوى اســـتحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلـــى المشترى تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه ، وأنه لايجاب المشترى إلى طلبه إلا إذا كان البائع مالكاً حتى يكون انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين . إلا أنه بحسب المحكمة أن تجيبه إلى طلبه إذا لم تتم منازعة جدية ولـــم تكشـــف أوراق الدعوى أمامها عن أن الملكية ليست ثابتة بأى طريـــق مـــن طرق كسب الملكية أو أنها محل منازعة من الغير ".

(طعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٣٠)

٧- " وحيث إن هذا النعى سديد ، ذلك أن المقرر- فى قضاء هذه المحكمة – أن دعوى صحة التعاقد هى دعوى استحقاق مـــآلا تنصب على حقيقة التعاقد فتتناول أركانه ومحله ومداه ونفاذه ، وأن التعاقد بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة لايتم إلا بالتصديق عليـــه ممن يملكه ، ولما كان واجب محكمة الموضوع يقتضيها أن تضمن

أسباب حكمها ما يدل على أنها فحصت ما طرح عليها من أدلة فحصاً دقيقاً ، وفندت وجوه الدفاع الجوهرية ، وأوفتها ما تقتضيه من عناية ، وسلكت فى سبيل ذلك كل الوسائل الموصلة إلى الكشف عن أنها فهمت واقع الدعوى فهماً صحيحاً مستمداً من أصل ثابت فى الأوراق . لما كان ذلك ، وكان الثابت من تقريرى الخبرة المقدمين فى الدعوى .... تقع ضمن أراضى القوات المسلحة التى تتفاوض بشأنها مع محافظة الشرقية ، وهو ما قرره الطاعن أمام الخبير وأوضح أنها كانت ضمن حرم مطار أبو صير الحربى ، وأن هذا المطار ألغى بعد صدور الحكم الابتدائى وسلمت الأرض للمحافظة ، كما جاء بهما ما يفيد سبق بيعها لجمعية ٩ سبتمبر بالبيعة رقم ١٠٩٧٧ لسنة ١٩٨١ ثم استنزلت من هذه البيعة طبقاً لأحكام القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٨٤ ، وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بصحة ونفاذ ذلك العقد دون أن يتحقق مما إذا كانت الأرض المبيعة بمقتضاه مملوكة للقوات المسلحة ، أم للجمعية المشار إليها ، أم لمحافظة الشرقية ، ومن صحة ما أثاره المطعون ضده من أن محافظ الشرقية فوض مدير إدارة أملاك الدولة بالمحافظة بتاريخ ١٩٨١/٤/١٥ فى إتمام إجراءات البيع بعد الرجوع إلى وكيل وزارة الرى، مما ينبئ عن أن محكمة الاستئناف لم تستنفد سلطتها فى التحقيق لكشف الواقع فى

الدعوى بلوغاً إلى وجه الحق فيها ، ويعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقها للقانون ، فإن حكمها – فضلا عن مخالفته القانون ، وخطئه فى تطبيقه – يكون مشوباً بقصور يبطله ، ويوجب نقضه " .

(طعن رقم ٥٥٠٠ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٠)

والمقصود من التمسك بصورية العقد اعتباره منعدما لا أثر له .

ولكن مجرد التراخى فى تنفيذ عقد البيع لا يدل على صوريته وعدم جديته .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان المقصود من التمسك بصورية عقد اعتباره منعدما لا أثر له ويصح التمسك بها لكل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية " .

(طعن رقم ٦٨٥٤ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٥/١٢)

٢- " لما كان الحكم المطعون فيه قد استدل على صورية عقد شراء الطاعنة لعين التداعى لمجرد تراخى تنفيذه على الطبيعة من وقت إبرامه فى ١٩٨٨/١٢/١ حتى عام ١٩٩٦ ولأن الطاعنة قد تقدمت مع آخرين بشكوى للمدعى العام الاشتراكى ضد المطعون ضدهما الثانى والثالثة لقيامهما ببيع وحدات سكنية من بينها عين

النزاع أكثر من مرة وقد قضى ضدهما بالحبس فى الجنحة رقم ... جنح حلوان لبيعهما الشقق لأكثر من شخص ولما كان مجرد تأخير تنفيذ عقد شراء الطاعنة لعين النـزاع مـن وقـت إبرامـه فـى ١٩٨٨/١٢/١ حتى عام ١٩٩٦ لايدل بذاته على صـورية وعـدم جدية هذا العقد هذا بالإضافة إلى إن شكاية الطاعنة للمدعى العـام الاشتراكى ضد المطعون ضدهما الثانى والثالثة لتكرار بيعهما شقة التداعى أكثر من مرة ، لأكثر من شخص وإدانتهمـا جنائيـاً لهـذا السبب لا يتأتى منطقاً ولا عقلا اعتباره قرينة على صـورية عقـد شراء الطاعنة لعين التداعى ويكون الحكم بهذه المثابـة قـد أقـام قضاءه بصورية العقد المؤرخ ١٩٨٨/١٢/١٠ على قـرائن معيبـة ورتب على ذلك قضـاءه بعدم نفاذ هذا العقد فى حـق المطعـون ضدها الأولى فإنه يكون معيباً بالفساد فى الاستدلال والقصور فـى التسبيب " .

(طعن رقم ٥٠٥٨ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٤/١٥)

٨٥ـ وجوب تكييف العقد المطلوب القضاء بصحته ونفاذه :

لاتستطيع محكمة الموضوع البت فى أمر صحة العقـد ونفـاذه سواء باعتباره بيعا أو باعتباره وصية إلا بعد تكييفه إذ يتوقف على هذا التكييف معرفة الأحكام القانونية التى تطبق عليـه مـن حيـث الصحة والنفاذ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أعرض عن قول كلمة الفصل فيما أثير من نزاع حول تكييف العقد وهو فى صدد القضاء بصحته ونفاذه مأخوذا باتساع التركة لنفاذ التصرف سواء باعتباره بيعا أو باعتباره وصية ، وكانت المحكمة لاتستطيع البت فى أمر صحة العقد ونفاذه سواء باعتباره بيعا أو باعتباره وصية إلا بعد تكييفه إذ يتوقف على هذا التكييف معرفة الأحكام القانونية التى تطبق عليه من حيث الصحة ، والنفاذ ، ولا يجوز لها حتى بفرض أن التركة تتسع لنفاذ التصرف فى الحالين أن تقضى بنفاذه قبل أن تبت فى أمر تكييفه وهل هو بيع أو وصية ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وقصرت أسبابه عن حمل قضائه بصحة التعاقد ونفاذه بعد ما تناقضت فتماحت " .

(طعن رقم ٢٦١ لسنة ٣٩ ق. جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩)

٨٦ ـ عدم وجوب إعذار البائع قبل رفع دعوى صحة التعاقد :

لايوجب القانون على المشترى إعذار البائع أو إثبات امتناعه عن المثول أمام مكتب الشهر العقارى لتوقيع عقد البيع المسجل قبل رفع الدعوى قبله بصحة ونفاذ العقد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ليس فى القانون ما يوجب على المشترى سبق إعذار البائع أو إثبات امتناعه عن المثول أمام الشهر العقارى لتوقيع عقد البيع النهائى قبل رفع الدعوى قبله بطلب صحة ونفاذ هذا التعاقد ".

(طعن رقم ٧٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٩/٢٨)

٨٧ـ لايلزم توقيع المشترى على عقد البيع :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة عقد البيع تأسيسا على أنه قد توافرت له أركان انعقاده بدفع مورث المطعون ضدها – المشترى– الثمن كاملاً إلى الطاعنة – البائعة– وتسلم العقد الموقع عليه منها، وتمسك المطعون ضدها– الوارثة للمشترى– بهذا العقد فى مواجهة البائعة ، وإقامتها عليها الدعوى بصحته ونفاذه مما مؤداه أن الحكم اعتبر ذلك قبولا من المشترى للبيع، يغنى عن توقيعه على العقد فإن هذا من الحكم يكون لا خطأ فيه ولاقصور " .

(طعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨)

٨٨ـ العبرة فى تحديد العقار المحكوم بإثبات التعاقد فيه بما ورد بالعقد الذى بيع بموجبه :

إذا اختلفت حدود العقار الواردة بصحيفة دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ، عن تلك الواردة بعقد البيع ذاته ، فإن العبرة فى تحديد العين المبيعة بماورد بعقد البيع الذى بيع بموجبه[1] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن العبرة فى تحديد الأطيان (أى فى تعيين المبيع) المحكوم بإثبات صحة التعاقد فيها هى بما ورد من ذلك فى العقد الذى بيعت بموجبه ، لا بما يكون قد ورد فى صحيفة دعوى صحة التعاقد " .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/١٢/٣٠)

٨٩ـ وجوب أن يكون البائع مالكا للمبيع :

المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذيا عينيا ، والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ، فإذا كان سند شراء البائع للعين المبيعة عقد بيع مسجل ، كان انتقال الملكية إلى المشترى ممكنا بعد تسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع .

غير أنه يحدث ألا يكون البائع قد تملك المبيع بعقد مسجل .

---

(١) السنهورى ص ٤٩٢ هامش (٣) .

كأن يكون سند البائع عقد بيع عرفى أو حكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له ، أو بوضع اليد المدة الطويلة أو المدة القصيرة أو عن طريق الميراث .

ومن ثم نعرض للصور السابقة فيما يلى :

(أ) إذا كان سند البائع للبائع عقد بيع عرفى :

إذا كان سند ملكية البائع للبائع عقد بيع عرفى ، فإنه لا يكــون مالكا للعين المبيعة ، فإذا أقام المشترى دعوى بصحة ونفاذ العقــد الصادر له من البائع ، فإن دعواه تكون غير مقبولــه ،لأن انتقــال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى يكونان غير ممكنين ، طالما أن الملكية لم تنتقل إلى البائع لــه كمــا أن الحكــم للمشترى فى هذه الحالة بصحة عقده لايمكن أن يحقق الغايــة منــه بسبب استحالة تسجيله قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه وقد يمتنع من باع لهذا البائع عن القيام بالإجراءات اللازمة لهــذا التســجيل ولايكون فى الإمكان إجباره على إنفاذ التزامه بذلك عن طريق رفع دعوى عليه بصحة التعاقد اذا تبين أن البيع الصــادر منــه غيــر صحيح أو غير واجب النفاذ بسبب قانونى .

(أنظر أحكام محكمة النقض التالية) .

غير أنه يجوز للمشترى فى هذه الحالة اختصام البائع للبائع له، مستعملا حق مدينه (البائع له) فى الدعوى المباشرة المنصــوص

عليها بالمادة ٢٣٥ مدنى [1]، فيطلب **أولاً** : الحكم بصحة ونفاذ عقد البائع للبائع له . **وثانيا** : الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لـــه من البائع .

أ - إذا لم يختصم المشترى البائع للبائع له طالبا الحكم بصـــحة ونفاذ العقد الصادر منه للأخير ، كانت دعواه غير مقبولة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيع - **المعروفـــة** بدعوى صحة التعاقد - هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكيه إلى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكيه فإن المشرى لايجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الـــذى يصـــدر لـــه فـــى الدعوى ممكنين ومن ثم فإذا ظهر للمحكمة من أوراق الـــدعوى أن الملكية لم تنتقل إلى البائع حتى تاريخ الفصل فى الدعوى لأن عقـــد شرائه لم يسجل وأن المشترى لم يختصم فى دعواه البائع للبائع لـــه

(١) تنص هذه المادة على أن : "١- لكل دائن ولو لم يكن حقـــه مســـتحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز .
٢- ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الإعسار ، ولايشترط إعذار المدين لاستعمال حقـــه ولكن يجب إدخاله خصما فى الدعوى " .

ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر منه إلى البائع للمشترى توطئــه للحكم بصحة عقده هو حتى إذا ما سجل الحكــم الصــادر بصــحة العقدين انتقلت الملكية إليه ، فإنـــه لا يكــون للمحكمـــة أن تجيــب المشترى الأخير إلى طلبه وتكون دعواه بطلب صحة تعاقده قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه غير مقبولة ذلك أنه مادامت الملكية لــم تنتقل إلى البائع له فإن هذا البائع لايستطيع نقلها إليه كما وأن الحكم للمشترى فى هذه الحالة بصحة عقده لايمكن أن يحقق الغايــة منــه بسبب استحالة تسجيله قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه وقد يمتنع من باع لهذا البائع عن القيام بالإجراءات اللازمة لهــذا التســجيل ولايكون فى الإمكان إجباره على انفاذ التزامه بذلك عن طريق رفع دعوى عليه بصحة التعاقد إذا تبين أن البيع الصــادر منـــه غيــر صحيح أو غير واجب النفاذ بسبب قانونى " .

(طعن رقم ٢٩٠ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٢٢)

٢- " لما كان المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيــع هــو تنفيــذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية فإن المشترى لايجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية وتســجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنا ، فإذا ظهر للمحكمة مــن أوراق الدعوى أن الملكية لم تنتقل إلى البائع حتى تاريخ الفصل فى

الدعوى لأن عقد شرائه لم يسجل وأن المشترى لم يختصم في دعواه البائع للبائع له ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر منه توطئه للحكم بصحة عقده هو حتى إذا ما سجل الحكم الصادر بصحة العقدين انتقلت الملكية إليه ، فإن طلب المشترى الأخير صحة ونفاذ عقده يكون غير مقبول " .

(طعن رقم ١٤٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٨)

٣- " حق ملكية العقار المبيع - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- لاينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه، ومن ثم لا يكون لهذا المشترى أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لاتؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بأنه لايقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى إلا المحررات التى سبق شهرها ، فإذا توصل المشترى إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغما من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره ، فإنه لا يكون من شأنه التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكا إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده . وبالتالى فإنه لايجدى الطاعن التمسك بأن الملكية قد انتقلت إليه

بتسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع - الصادر له- وأن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعواه الحالية بتثبيت ملكيته للقدر المبيع له قد خالف حجية الحكم سالف الذكر ، لايجدى الطاعن هذا القول طالما أن الملكية لم تنتقل إلى البائع له ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف حكما سابقا صدر فى نزاع بين الخصوم أنفسهم " .

(طعن رقم ١٧٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)

٤- " المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ، فالمشترى لايجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنين ، فإذا كانت الملكية لم تنتقل إلى البائع له لأن عقد شرائه لم يسجل وجب على المشترى أن يختصم فى دعواه البائع للبائع له ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر منه وإلا كانت دعوى المشترى بصحة تعاقده قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه غير مقبولة " .

(طعن رقم ١٠٠١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٤/١٤)

٥- " لئن كانت دعوى صحة ونفاذ عقد البيع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هى دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ

التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذا عينيا للحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية فيتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه ، ولايجاب المشترى إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين فإذا كان سند البائع فيما يبيعه عقداً عرفيا تعين على المشترى اختصام البائع للبائع له فى الدعوى ليصدر الحكم بصحة ونفاذ العقدين ومؤدى ذلك أنه إذا كان البائع يستند فيما باعه إلى حكم بصحة ونفاذ عقده - حتى ولو لم يكن قد أشهر فلا موجب لاختصام البائع له سواء صدر الحكم قبل رفع دعوى المشترى الأخير والبيع له أو أثناء نظرها إذ حسب محكمة صحة التعاقد أن تجيب المدعى فيها إلى طلبه إذا لم تقم منازعة جدية ولم تكشف أوراق الدعوى أمامها عن أن الملكية ليست ثابتة للبائع بأى طريق من طرق كسب الملكية أو أنها محل منازعة من الغير ".

(طعن رقم ٢٤٣٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/١/٧)

٦- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للمشترى أن يختصم فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع بائع بائعه ليطلب الحكم بصحة ونفاذ العقد الصادر منه إلى البائع توطئة للحكم بصحة ونفاذ عقده وإلا كانت غير مقبولة ، غير أنه متى ثبتت ملكية البائع للعين

المبيعة بأى طريق من طرق اكتساب الملكية المحددة قانوناً وقضى بصحة ونفاذ العقد الصادر إلى المشترى منه وبالتالى صحة ونفاذ العقد الصادر لمن باعه هذا الأخير أمكن للمشترى الثانى تسجيل الحكم بصحة ونفاذ العقدين فتنتقل إليه الملكية " .

(طعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٣٠)

إلا أن مناط إيجاب اختصام البائع للبائع للقضاء بصحة عقده أن يكون تسجيل الحكم الصادر بصحة العقد غير ممكن إلا بتدخل أى من البائعين السابقين، فإذا كان سند ملكية البائع قابلا للتسجيل دون تدخل المالك السابق ، فإن هذا الاختصام لايضحى واجبا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن مناط الحكم بعدم قبول دعوى المشترى الأخير بصحة عقده وحده عند توالى البيوع غير المسجلة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون تسجيل الحكم الصادر بصحة العقد غير ممكن إلا بتدخل أى من البائعين السابقين ، وإذ كان القرار الصادر من لجنة القسمة المشكلة طبقا للقرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ بقسمة الأعيان التى انتهى فيها الوقف – بإيقاع بيع العقار الذى تقرر بيعه بالمزاد لعدم إمكان قسمته ، صالح للتسجيل دون حاجة لتدخل أى من ملاكه السابقين ويكون القرار المسجل سندا بملكية من أوقع البيع عليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر

على سند من مجرد عدم تسجيل المطعون ضده الأول - الراسى عليه المزاد " البائع الطاعن"- قرار إيقاع البيع عليه ، فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٧٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٤/٢٦)

(ب) إذا كان سند ملكية البائع حكم بصحة التعاقد :

إذا كان سند ملكية البائع للبائع عقد بيع عرفى استصدر بموجبه حكما بصحته ونفاذه ، فإن دعوى صحة التعاقد تكون مقبولة ، إذ بتسجيل الحكم الذى يصدر له بإثبات صحة عقده ، وتسجيل الحكم الصادر بصحة عقد البائع للبائع له ، تنتقل الملكية إلى المشترى[1].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية مما مفاده أن المسترى يجاب إلى طلبه إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الدى يصدر له فى الدعوى ممكنين، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن - البائع- كان قد أقام دعوى ضد البائع بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه

---

(١) محمد المنجى ص ٣٧٧ ومابعدها .

وقضى فيها بإلحاق عقد الصلح المبرم بين الطاعن والبائع بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله فى قوة السند التنفيذى فإن حسب المطعون عليها – المشترية من الطاعن – ذلك حتى تكون دعواهـا بصحة عقدها مقبولة لأنه إذا ما سجل الحكم الصادر للطاعن انتقلت الملكية إليه ، يصبح تسجيل الحكم الصادر لها ممكنا " .

(طعن رقم ٣٦٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١)

(ج) إذا كان سند ملكية البائع غير عقد البيع :

إذا كان سند ملكية البائع للعقار المبيع سندا آخر غير عقد البيع كالتملك بوضع اليد المدة القصيرة أو المدة الطويلة ، أو الميراث .

وكان الظاهر من العقد أن الملكية انتقلت إلى البائع بهذا الطريق، فإن دعوى صحة التعاقد تكون مقبولة .

أما إذا تدخل فى الدعوى آخر وأنكر على البائع ملكيتـه بهـذا الطريق ، **فيجب على المحكمة ألا تقضى بقبول الدعوى** ، إلا بعـد تحقيق ما يدعيه المتدخل وثبوت عدم صحته .

٩٠- القضاء بالتسليم فى حالة القضاء بعدم قبول الدعوى لعدم اختصام البائع للبائع :

اختصام البائع للبائع إذا كان الأخير لم يسجل العقد الصادر منه إليه ، لايتعلق بإجراءات رفع الدعوى ، أو بموضوع عقـد البيـع

واستيفائه لأركانه وشروط صحته . ولكنه يتعلق بأمر خارج عن ذلك كله هو إمكان تسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى أى تنفيذ هذا الحكم بالنسبة لنقل الملكية . وطلب التسليم لا علاقة له بذلك . ومن ثم يجب إذا ما استبان للمحكمة توافر أركان العقد وشروط صحته أن تقضى بالتسليم ، رغم قضائها بعدم قبول الدعوى ا‌ ‌ اختصام البائع للبائع [1].

٩١ـ عدم اعتبار الطلب المقدم للشهر العقارى دليلا كاملا على عقد البيع :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم لم يعتبر الطلب المقدم للشهر العقارى دليلا كاملا مكتوبا على عقد البيع الذى طلبت الطاعنة القضاء بصحته ونفاذه وعلى وفائها بثمن حصتها فى البيع لأن هذا الطلب [illegible] لا من بيان شروط البيع وكيفية أداء الثمن وما إذ كان قد دفع من شئ أو لم يدفع والالتزامات التى التزم بها كل من عاقديه فإن الحكم لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٣)

---

(١) المستشار محمود رضا الخضيرى ص ٧٢ .

٩٢- وجوب الفصل في دعوى صحة التعاقد في حدود القدر المبيع الذى يتثبت ملكية البائع له :

رأينا سلفا أن دعوى صحة التعاقد تتسع لبحث ملكية البائع للمشترى ، وعلى ذلك إذا ثبت للمحكمة أن البائع لايملك سوى جزء من العقار المبيع فإنه يجب على المحكمة القضاء بصحة ونفاذ العقد فى حدود القدر الذى يملكه البائع لقاء ما يعادله من الثمن المتفق عليه دون حاجة إلى تعديل المشترى طلباته ، فسنرى أن دعوى صحة التعاقد قابلة للتجزئة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" دعوى صحة ونفاذ عقد البيع تتسع لبحث ما يثار من نزاع حول ملكية البائع للمبيع ولايجاب المشترى إلى طلب صحة عقده إلا بالقدر الذى ثبت أنه مملوك للبائع له لقاء ما يعادله من الثمن المتفق عليه لأنه يدخل فى نطاق ما هو مطروح عليها بغير حاجة إلى أن يعدل الطاعن طلباته إلى القدر الأقل " .

(طعن رقم ١٧٣٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/١/٩) [1]

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" إذا كان الثابت من عقد البيع تعدد البائعين- المطعون ضدهم- الدائنين بالثمن وقد تحددت فيه المساحة التى باعها كل منهم وثمن الفدان فيما يخص البلغ وثمن مغاير فيما يخص القاصرين ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنين أقاما الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع المؤرخ

٩٣ـ القضاء بصحة ونفاذ العقد فى شقه الصحيح إذا كان شقه الآخر باطلا :

تنص المادة ١٤٣ مدنى على أنه : " إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " – وعلى ذلك إذا كان البيع المطلوب القضاء بصحته ونفاذه صحيحا فى شق منه وباطلا فى شقة الآخر، فإنه على المحكمة أن تقضى بصحة التعاقد عن الشق الصحيح من العقد طالما لم يتبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال .

١٩٧٠/٥/٢٠ عن القدر المبيع بأكمله ومساحته ٢٤ فدان ١٨ قيراط ٩ سهم وأنهما أوفيا بالثمن جميعه إلا فيما يتعلق بفرق السعر عن مساحة القاصرين، وأقام المطعون عليهم دعوى الفسخ عن جميع المساحة لعدم وفاء الطاعنين بباقى الثمن ، فكان يتعين على المحكمة أن تعرض لبحث دعوى الطاعنين ودعوى المطعون عليهم فى حدود المقدار الذى يخص باقى البائعين الموفى لهم بثمن أنصبتهم لأنه يدخل فى نطاق ما هو مطروح عليها بغير حاجة إلى أن يعدل الطاعنان طلباتهما إلى القدر الأقل " .

(طعن رقم ٤٨١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٤/١٦)

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لاتناقض فى قضاء الحكم بصحة ونفاذ العقد عن – جزء من الأطيان المبيعة – وإبطاله فيما زاد عن ذلك عملا بالمادة ١٤٣ من القانون المدنى ومقتضاها أنه إذا كان العقد فى شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذى يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا وهو ما لم يقم الدليل عليه باعتباره لاينفصل عن جملة التعاقد " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١/٢١)

٩٤- صدور أكثر من عقد بيع عرفى من البائع لايمنع من القضاء بصحة التعاقد :

إذا أقام المشترى دعوى صحة التعاقد ، وتدخل آخر فى الدعوى طالبا رفض الدعوى ، تأسيسا على شرائه ذات العين من البائع ، فذلك لايمنع من القضاء بصحة العقد ، ذلك أن الأفضلية بين المدعى والمشترى الآخر لاتكون إلا بالتسجيل ، فيفصل منهما من كان أسبق فى التسجيل ، إلا إذا كان أحدهما قد سبق إلى تسجيل صحيفة الدعوى ، فإنه هو الذى يفضل[1] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الغرض من دعوى صحة التعاقد هو إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً متى كان هذا التنفيذ ممكنا ، وهو

٩٥- بيع البائع العقار المبيع لمشتر ثان وتسجيل الأخير العقد يحول دون قبول دعوى صحة التعاقد :

إذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية لمشتر ثان ، وسجل هذا التعاقد قبل أن يتمكن المشترى الأول من التسجيل أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشترى الأول غير ممكن عينا وتحول حق المشترى إلى تعويض . إلا إذا دفع المدعى بصورية عقد البيع الثانى صورية مطلقة وأثبت هذه الصورية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " دعوى صحة ونفاذ البيع هى دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ولايجاب المشترى إلى طلبه ، إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين ويترتب على ذلك أنه إذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية لمشتر ثان ، وسجل هذا التعاقد قبل أن يتمكن المشترى الأول من التسجيل

يكون كذلك طالما كان المبيع لم يخرج عن ملكية البائع. وكان لايقبل من الطاعنين التمسك فى دفاعهم بأن المطعون ضدهم تصرفوا بالبيع من أرض النزاع إلى الغير بعقود عرفية خلافاً لما إلتزموا به بين أنفسهم من عدم التصرف فيها لتعلق هذا الأمر بمصلحة المشترين وحدهم " .

(طعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٨)

أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشترى الأول غير ممكن عينا وتحول حق المشترى إلى تعويض " .

(طعن رقم ٦١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٣/٥/١٩٨٢)

٢- " لايكون للمشترى الذى لم يسجل عقده - وقد استحال تنفيذ التزام البائع بخروج المبيع من ملكه - إلا الرجوع عليه بالرد والتعويض وفقا للقواعد العامة " .

(طعنان رقما ٥٣١٤ ، ٥٥٢٧ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٧/١١/٢٠٠٢)

٩٦ ـ عدم قبول دعوى صحة التعاقد إذا كان محل العقد غير قابل للتعامل :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) " يشترط لصحة عقد البيع أن يكون التعامل غير محظور لأمر يتصل بالنظام العام أو الآداب ، ومؤدى نص المادة ٣٠ من القانون ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ أن عقد بيع الصيدلية - وهو عقد ناقل للملكية بطبيعته - إلى غير صيدلى باطل بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام ، كما أن بيع الصيدلية إلى صيدلى موظف أو صيدلى يملك صيدليتين أخريين يعتبر كذلك باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام ، وإذ كان عقد البيع محل النزاع يتضمن بيع محل تجارى (صيدلية) بكافة مقوماته المادية والمعنوية وكان الثابت تملك

الطاعن صيدليتين أخريين خلاف الصيدلية المبيعة محل النـــزاع ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر عقد البيع المشار إليه باطلا بطلانا مطلقا يكون قد صادف صحيح القانون ، وإذا كان الشروع فى بيـــع إحدى الصيدليتين بعد إبرام عقد البيع الباطل بطلانا مطلقا ليس من شأنه تصحيح هذا العقد ، وكان عدم رد الحكم على دفاع غير منتج فى الدعوى لايعيبه بالقصور ، فإن النعى على الحكم المطعون فيـــه يكون على غير أساس ".

(ب)- " دعوى صحة التعاقد- على ما جرى به قضـــاء هـــذه المحكمة- هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع واستيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ومن ثـــم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث قابلية المبيع للتعامل فيه " .

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٣٨/٦/٢٢)

٢- " إذا كانت المحكمة قد عرضت للخلاف بين طرفى عقـــد البيع حول وصف العين المبيعة وما إذا كانت تخضع لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ الخاص بتقسيم الأراضى المعدة للبناء المعدل بالقانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٣ وخلصت إلى إخضاعها لأحكام هذا القانون فإنها تكون قد طبقت القانون على واقع مطروح عليها ومتى تعلقت التقريرات القانونية التى تضمنتها أسباب الحكم فى هذا الشأن

بالوقائع محل النزاع ، وكانت هذه التقريرات مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمنطوق وداخله فى بناء الحكم وتأسيسه ولازمة للنتيجة التى انتهت إليها وتكون مع منطوقه وحدة لاتقبل التجزئة كان لها حجية ملزمة فإن الحكم الصادر برفض الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع لوروده على أرض مقسمة قبل صدور قرار بالموافقة على تقسيمها يمنع طرفيه من إعادة الجدل فى هذه المسألة والادعاء بأن البيع ورد على أرض زراعية تحايلاً على ذلك الحظر الذى دعت إليه اعتبارات تتعلق بالصالح العام مما مقتضاه ترتب البطلان على مخالفته وبالتالى لايجوز الاعتصام فى هذا الصدد بحكم المادة ١٤٤من القانون المدنى فيما نصت عليه من أنه " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد ، لأن مناط إعمال هذا النص أن تتوافر فى العقد الباطل أركان عقد آخر صحيح ومجرد تغيير وصف العين المبيعة لا تتوافر فيه أركان هذا العقد الصحيح وإنما ينطوى على مخالفة لتلك الحجية الملزمة التى حازها الحكم السابق فيما يتعلق بوصف البيع ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بصحة ونفاذ عقد البيع المشار إليه

على سند من المادة ١٤٤ من القانون المدنى بعد تغيير وصف العين المبيعة بمقتضاه من أرض مقسمة قبل أن يصدر قرار بتقسيمها إلى أرض زراعية فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ١٢٤٢ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٤/١٨)

٣-(أ)- " إذ كانت دعوى صحة التعاقد- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع واستيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ومن ثم " فإن تلك الدعوى تتسع لبحث قابلية المبيع للتعامل فيه " .

(ب)- " لما كان تنفيذ الطاعن بصفته كبائع لالتزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذا عينياً قد صار غير ممكن لعدم صحة إجراءات البيع التى نص عليها القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ آنف الذكر " ولوروده على شئ غير قابل للتعامل فيه بالبيع بما يكون معه طلب المطعون ضده الحكم بصحة ونفاذ عقده متعين الرفض " .

(طعن رقم ٣٢٦٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢١)

٩٧- ادعاء المشترى تملكه العين المبيعة بالتقادم يجعله مالكا ، ولو بيع العقار إلى آخر بعقد مسجل بعد اكتمال مدة التقادم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان يبين من الأوراق المقدمة إلى هذه المحكمة أن الطاعنة تمسكت فى جميع مراحل دعوى إثبات التعاقد المرفوعة منها أنها كسبت ملكية العقار موضوع النزاع بوضع يدها عليه المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وبأن تحرير عقد بيع من نفس البائعة إلى المطعون عليهما عن هذا العقار وقيامهما بتسجيل عقدهما لايؤثر على التملك بوضع اليد ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه خلا من التحدث عن هذا الدفاع ، وهو دفاع جوهرى له أثره لو صح فى تغيير وجه الرأى فى الدعوى ، فإن هذا الحكم يكون قد عاره قصور يبطله مما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٦/١٠/١٩٥٢)

كما قضت محكمة النقض بأن :

" دعوى صحة التعاقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها ، وهو ما يقتضى أن يفصل قاضى الموضوع فى

أمر صحة البيع ثم فإن هذه الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بصحة العقد ونفاذه ومنها تملك البائع للعين المبيعة- في مواجهة المشترى منه - بالتقادم الطويل المكسب ".

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٣)

٢- " وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن" الأصل أن البائع لايمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وأن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكاً للعين المبيعة لايعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى " . لما كان ذلك وكان الثابت فى الأوراق وحصله الحكم المطعون فيه أن حيازة الأرض محل النزاع بالمدة الطويلة المكسبة للملكية قد تحققت لدى الطاعنين بعنصريها المادى والمعنوى امتداداً لوضع يدمورثهم وتوافرت فيها شروطها القانونية، إلا أن الحكم المطعون فيه قضى بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض دعوى الطاعنين بتثبيت ملكيتهم لقطعة الأرض محل النزاع تسانداً على أن الدعوى رقم ١١٣١ لسنة ١٩٧٩ مدنى الجيزة الابتدائية المرفوعة من البائعات للمطعون ضدهما على مورث الطاعنين وآخرين بطلب تثبيت ملكيتهن لأطيان زراعية من بينها قطعة الأرض محل النزاع ، قد قطعت التقادم الذى كان ساريا

لمصلحة الطاعنين ذلك أن المطعون ضدهما كانا ممثلين في هذه الدعوى باعتبارهما خلفاً عاماً وخاصاً للمدعيات فيها - البائعات لهما- فى حين أنهما لايعتبران خلفاً عاماً لهن إذ مازلن على قيد الحياة ، كما أن المطعون ضدهما لايعتبران خلفاً خاصاً للبائعات ذلك أن ملكية قطعة الأرض محل النزاع قد انتقلت إليهما بعقد البيع المسجل برقم ٢٥٥٣ لسنة ١٩٧٦ توثيق إمبابه قبل رفع الدعوى رقم ١١٣١ لسنة ١٩٧٩ المشار إليها ، ذلك أن البائع وعلى ما سلف بيانه لايمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع . ولما كان المطعون ضدهما لم يختصما فى الدعوى رقم ١١٣١ لسنة ١٩٧٩ فلا يحاجا بالحكم الصادر فيها . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض طلب الطاعنين تثبيت ملكيتهم لقطعة أرض النزاع بالتقادم الطويل المكسب للملكية تسانداً وعلى ما سلف بيانه أن الدعوى رقم ١١٣١ لسنة ١٩٧٩ قد قطعت هذا التقادم فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " .

(طعن رقم ٢٤٦٥ لسنة ٧٣ ق جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٢)

٩٨- عدم قبول دعوى صحة التعاقد إذا تخلف المشترى عن القيام بالتزام متفق عليه مع البائع :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان أساس الدعوى حصول البيع وامتناع البائع عن تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى ، وكان المطلوب فيها هو الحكم بإنفاذ هذه الالتزامات جبرا على البائع ، وذلك بالحكم بأن البيع الذى صدر منه صحيح ، وبأنه واجب النفاذ عليه ، وبالإذن فى تسجيل الحكم توسلا إلى انتقال الملكية ، فهى بحكم هذا الأساس وتلك الطلبات تستلزم قانونا من القاضى أن يفصل فى أمر صحة البيع ثم يفصل أيضا فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته وهل كان له عذر فى هذا الامتناع . وإذ كان من الأعذار الشرعية لعدم وفاء المتعاقد بالتزامه فى العقود المتبادلة أن يكون المتعاقد الآخر لم يوف التزامه فإن هذا يستجر النظر فى أمر قيام المشترى بتنفيذ التزاماته هو حيث يكون أولا يكون له الحق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته . وإذ كان كل هذه الأمور يتحتم أن يتعرض لها القاضى للفصل فى الدعوى فلا يصح القول بأن نظر المحكمة فيها يكون مقيدا بذات صحة التعاقد فحسب . وكذلك لايصح القول بأنه على البائع رفع الدعوى بطلب الفسخ مستقلة عن الدعوى المرفوعة عليه بصحة التعاقد إذ استعمال الحق كما يكون

فى صورة دعوى به يرفعها صاحبه يكون فى صورة دفع فى دعوى مرفوعة عليه " .

(طعن رقم ٤١ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٥/٨)

٢- " إذا كانت المادة ٤٢٨ من القانون المدنى تلزم البائع بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى ومن ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل إليه كمستندات الملكية وبيان حدود العقار ، إلا أنه متى كان هذا الالتزام يقابله التزام من جانب المشترى ولم يقم بتنفيذه جاز للبائع- وعلى ما تقضى به المادة ١٦١ من القانون المدنى - أن يمتنع من جانبه عن القيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد ما يستفاد منه أن البائعة لم تكن ملزمة طبقا لشروط عقد البيع أن تقدم الأوراق اللازمة لتسجيله والتوقيع عليه من المشترين إلا بعد أن تحصل منهم على الرسم المطلوب سداده إلى مصلحة الشهر العقارى وأن هؤلاء هم الملزمون بالمبادرة إلى دفعه ، وانتهى الحكم إلى أن تقصير مورث الطاعنين وهم من بعده فى ذلك قد سوغ للبائعة أن تعتصم قبلهم بالدفع بعدم التنفيذ فإن الحكم يكون قد أصاب صحيح القانون ".

(طعن رقم ٩١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٧/٢٥)

وترتيبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يقصد بدعوى صحة التعاقد تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشترى بالحصول على حكم يقوم تسجيله مقام التوقيع على العقد النهائى وكان عقد البيع من العقود التبادلية فلا يجبر البائع على تنفيذ التزامه متى دفع الدعوى بعدم قيام المشترى بتنفيذ التزامه بدفع الثمن . وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بأنه رغم النص فى عقد البيع على وفاء المشترين بالثمن إلا أن ذلك لم يتم لوجود مانع أدبى حال بينها والحصول على ورقة ضد ... وطلبت إحالة الدعوى إلى التحقيق فرد الحكم المطعون فيه على طلبها بأنه لايجوز لها أن تثبت عدم الوفاء لها بالثمن على خلاف الثابت بالعقد وبأن قيمة التصرف تجاوز عشرين جنيها مخالفا بذلك ما نصت عليه المادة ٦٣ من قانون الإثبات من أنه " يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدلي كتابى إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على بدليل كتابى " فحجب الحكم المطعون فيه نفسه عن إعمال سلطته فى تقدير الظروف التى ساقتها الطاعنة لقيام المانع الأدبى الذى تمسكت به وعن الإدلاء برأيه فيما إذا كانت هذه الظروف تعتبر مانعة لها من الحصول على دليل كتابى على عدم

الوفاء بالثمن ولم يرد على طلبها إحالة الدعوى للتحقيق فيكون معيبا بمخالفة القانون والقصور في التسبيب " .

(طعن رقم ٥٣٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/٤/١٣)

٩٩- عدم تحقق المحكمة من تلقاء نفسها من الوفاء بالثمن :

إذا تضمن عقد البيع الثمن المتفق عليه ، فإن هذا كاف لاستيفاء العقد ركن الثمن ، ولاتلزم المحكمة بالتحقق من الوفاء بالثمن ما لم يدفع به أمامها.

فإذا دفع البائع بعدم الوفاء بالثمن ، ولم يثبت المشترى وفاءه به، فإن المحكمة تقضى بعدم قبول الدعوى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الأصل فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع أنه إذا تمسك البائع بعدم وفاء المشترى بكامل الثمن المستحق فى ذمته وجب على المحكمة أن تعرض لهذا الدفاع فإذا أغفلت مواجهته والرد عليه- مع ثبوت استحقاق الثمن طبقاً لشروط العقد- كان حكمها مخالفاً للقانون ومشوبا بالقصور فى التسبيب وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنين تمسكوا فى دفاعهم أمام محكمة الموضوع بعدم الوفاء إليهم بباقى الثمن ومقداره أربعة آلاف جنيه- وطلبوا توجيه اليمين الحاسمة فى هذا الشأن- وكان البين من العقد موضوع الدعوى أنه من المتفق عليه فيه أن أجل سداد هذا المبلغ

يحل بتاريخ ١٩٨٠/٧/١٩- وهو سابق على رفع الدعوى- وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع الجوهرى ولم يرد عليه فإن يكون قد خالف القانون وشابه قصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٩٣١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/٧/٢٧)

١٠٠ـ عدم جواز تمسك دائنى تركة البائع بعدم تسجيل البيع :

لايجوز لدائنى تركة البائع التمسك فى مواجهة مشترى العقار بعدم تسجيل البيع . فإذا مات البائع قبل الوفاء بتعهده بنقل الملكية ، لم يكن لدائنه العادى أن يدعى فى مواجهة المشترى أى حق على العقار المبيع يتنافى مع تعهد البائع[1] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إنه لما كان قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ ، فيما عدا تعليق نقل الملكية من البائع إلى المشترى على حصول التسجيل ، لم يغير شيئا من طبيعة عقد البيع من حيث إنه من عقود التراضى التى تتم وتنتج أثارها القانونية بين المتعاقدين بمجرد الإيجاب والقبول، فإنه متى انعقد البيع صحيحا ترتب عليه التزام كل من المتعاقدين بالوفاء بتعهداته التى يوجبها عليه القانون وشروط العقد،

---

(١) السنهورى ص ٤٩٥ هامش (٢) .

وفى مقدمتها التزام المشترى بدفع الثمن إلى البائع والتـزام البـائع بتسليم المبيع ونقل الملكية إلى المشترى . ولما كان الدائن العـادى يعتبر خلفا عاما لمدينه كالوارث لمورثه ، وكان الخلف العام يحـل محل سلفه فى كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقـوق التـى كانت لسلفه وتلزمه جميع تعهداته – لما كان ذلك كذلك فإنه إذا مات البائع قبل الوفاء بتعهده بنقل الملكية لا يكون لدائنه العادى أن يدعى فى مواجهة المشترى أى حق على العقار المبيع يتنافى مـع تعهـد البائع . ولايجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار أنـه كان مملوكا للمورث وقت وفاته . وخصوصا إذا كان المشترى قـد سجل حكما صدر له على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٣/٢)[1]

---

(١) وعكس ذلك طعن رقم ٦٨ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٠ وقد جاء به:
" إن دعوى استحقاق العقار المنزوعة ملكيته هى دعوى أساسها الملكية، فليس لمن لم يسجل عقد شراء العقار أن يطلب الحكم باستحقاق إياه .
ولايصح له أن يحتج على نازع الملكية بعقد شرائه الذى لـم يسـجل ، بمقولة إنه مادام البيع حجة على البائع فهو حجة على دائنـه الشـخص المعتبر خلفا له " .

١٠١- التدخل الهجومى فى دعوى صحة التعاقد :

إذا تدخل شخص آخر تدخلا هجوميا فى دعوى صحة التعاقد طالبا لنفسه بحق ذاتي . ومن هذا القبيل طلب رفض الدعوى تأسيسا على أنه مالك العين محل التداعى . فإنه يجب على المحكمة قبول تدخله باعتباره مرتبطا بالدعوى الأصلية (م١٢٦/١ مرافعات)، ويتعين عليها ألا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى موضوع طلبه ، وذلك باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة عليها وعلى أساس أن الحكم الذى تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة ، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخلين .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تمسك طالبى التدخل فى دعوى صحة التعاقد بأنهم هم المالكون للأطيان المبيعة ، يعد تدخلا اختصاميا يطلب به المتدخلون حقا ذاتيا لأنفسهم ، ويوجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخلهم باعتباره مرتبطا بالدعوى الأصلية ويتعين عليها ألا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى موضوع طلبهم ، وذلك باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة عليها ، وعلى أساس أن الحكم الذى

تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة ، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخلين " .

(طعن رقم ٥٠٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٣)

٢- " للغير الذى أضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش أن يرفع دعوى أصلية ببطلانه أو يبدى الدفع بالبطلان بالتدخل فى الدعوى التى حصل فيها الصلح فإذا تدخل الغير فى دعوى منظورة، مدعيا أن الصلح أضر بحقوقه ، ودفع الخصم فى مواجهته بانتهاء الدعوى صلحا كان فى مكنته الرد على هذا الدفع ببطلان الصلح ، ولايجوز رفض التدخل إلا تأسيسا على أن الصلح قد أنهى الدعوى وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان الصلح صحيحا ، ومن ثم فلا سبيل إلى رفض طلب التدخل إلا بحكم يقضى بصحة الصلح " .

(طعن رقم ١٤٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٤)

٣- " تمسك المتدخلة فى دعوى صحة التعاقد بطلب رفض الدعوى لبطلان عقد البيع ، يعد تدخلا خصاميا تطلب به المتدخلة لنفسها حقا ذاتيا مرتبطا بالدعوى الأصلية ويتعين على المحكمة ألا تقضى بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأن إلا بعد الفصل فى طلب التدخل رفضا أو قبولا ، اعتبارا بأن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة ، وعلى أساس أن الحكم الذى يصدر

بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بمحضر الجلسة منوط بالتحقق من عدم سلامة دعوى الخصم المتدخل أيا كان السبب وسواء كان مرده إلى تخلف الصفة أو إلى فساد الادعاء " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

٤- " النص فى الفقرة الخامسة من المادة ١٢٤ مرافعات- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يدل- على أن الهدف من دعوى صحة العقد يتحد فى الغاية مع طلب ثبوت الملكية بالتقادم الطويل المكسب بما يوفر الارتباط الوثيق بين الطلبين ، وأن تمسك طالب التدخل فى دعوى صحة التعاقد بأنه مالك للعين المبيعة يوجب على المحكمة ألا تحكم بصحة العقد إلا بعد الفصل فى موضوع طلبه وذلك باعتبار أن هذا البحث يدخل فى صميم الدعوى المطروحة عليها فالحكم الذى تصدره بصحة العقد يتوقف على التحقيق من عدم سلامة ادعاء المتدخل . لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد ألغى الحكم المستأنف فيما قضى به من ثبوت ملكية الطاعنات وقبول تدخلهن فى الدعوى المقامة من المطعون ضده الأول على مجرد القول بأن طلب ثبوت الملكية يختلف عن طلب صحة العقد موضوعا وسبباً ولم يقدر مدى الارتباط بين

الطلبين وأثر إجازة محكمة أول درجة لتعديل الطلبات لتوافر هـذا الارتباط ولم يعرض لطلب الطاعنات رفض دعوى المطعون ضده الأول المؤسس على ملكيتهن لعين النزاع فإنه يكون قد أخطأ فـى تطبيق القانون وجره ذلك إلى القصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٣٨٨٨ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٤/١/١٨)

والمتدخل فى هذه الحالة يصبح طرفا فى الخصـومة ويكـون الحكم الصادر فيها حجة له وعليه ولو حسم النـزاع صـلحا بـين الخصوم الأصليين .

١٠٢- اعتبار عقد الصلح الذى لم تصدق عليه المحكمة سندا فى الدعوى :

إذا امتنع على المحكمة التصديق على الصلح سواء لعدم انطواء عقد الصلح على مقوماته وأركانه ، أو لأن الخصوم أو أحدهم لـم يطلب من المحكمة التصديق على عقد الصلح أو رجع فيه ، أو تغيب أحد الخصوم عند تقديم العقد إلى المحكمة، فليس معنى ذلك إهـدار كل قيمة لهذا العقد ، بل يتعين عليها أن تعتبر هذا العقد سـندا فـى الدعوى يجوز لها أن تحكم بمقتضاه ، وقد يتضمن هذا السند إقرارا من الخصم أو تركا للخصومة باعتباره بيانا كتابيا موقعا عليه منه، مع توقيع خصمه عليه أو اطلاعه عليه (م١٤١ مرافعات).

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١- "(أ)- "لئن كان لايجوز للمحكمة أن توثـق عقـد الصـلح المبرم بين الطرفين متى رجع أحدهما فيه ، إلا أن عليها أن تعتبره سندا فى الدعوى يجوز لها أن تحكم بما تضمنه " .

(ب)- " إذا كان الثابت أن عقد الصلح الذى طلبـت المطعـون ضدها أخذ الطاعن به يعد بيانا كتابيا صريحا موقعا من الطـرفين يقرر فيه الطاعن ترك الخصومة فى هذا الطعن ، على نحو تتحقق به إحدى الطرق التى تتطلبها المادة ١٤١ من قانون المرافعات فى شأن ترك الخصومة . وكان الطاعن قد قرر فى عقد الصلح نزوله عن الطعن بعد أن كان ميعاد الطعن بالنقض فى الحكم المطعون فيه قد انقضى وقت إقراره بهذا النزول ، ولما كان الطاعن قـد أقـام دعوى بطلب فسخ عقد الصلح فإن النزول عـن الطعـن أو تـرك الخصومة فيه حسب تعبير قانون المرافعات- متـى حصـل بعـد انقضاء ميعاد الطعن فإنه يتضمن بالضرورة نزولا من الطاعن عن حقه فى الطعن، وإذا كان النزول عن الحق فى الطعن يتم وتتحقـق آثاره بمجرد حصوله بغير حاجة إلى قبول الخصم الآخر ، ولايملك المتنازل أن يعود فيما أسقط حقه فيه ، فإن ترك الخصـومة بعـد فوات ميعاد الطعن لا يجوز الرجوع فيه ، اعتبارا بأنـه يتضـمن تنازلا عن الحق فى الطعن ملزما لصاحبه بغير حاجة إلـى قبـول

يصدر من المتنازل إليه ، لما كان ذلك . وكـــان تـــرك الطـــاعن الخصومة فى الطعن قد تم وأنتج أثره فلا يغير منه إقامة التارك بعد ذلك الدعوى بطلب فسخ عقد الصلح، ومن ثم فإنه يتعـين الحكـــم بقبول هذا الترك " .

(طعن رقم ١٥٠٢ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٥)

أما إذا أنكر أحد الخصوم توقيعه على عقد الصلح ، فإن المحكمة تطبق نصوص المواد ١٤، ٣٠ وما بعدها من قانون الإثبات .

١٠٣ـ عدم جـــواز الحكم فى دعوى صحـة التعاقد بثبـوت الملكية :

لايترتب على عقد البيع العرفى انتقال الملكية للمشـــترى ومـــن مقتضى هذا أنه لايجوز طلب تثبيت الملكية بناء على عقد عرفـــى وإنما يجوز للمشترى إلزام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية بطلـــب الحكم بإثبات صحة التعاقد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لايترتب على عقد البيع العرفى انتقال الملكية للمشـــترى ومن مقتضى ذلك أنه لا يجوز طلب تثبيت الملكية بناء على عقـــد عرفى وإنما يجوز للمشترى إلزام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكيـــة بطلب الحكم بصحة ونفاذ العقد حتى إذا ما قضى له بذلك وســـجل الحكم حق له طلب تثبيت ملكيته استنادا إلى الحكم المســـجل الـــذى

يقوم مقام تسجيل العقد وإذن فمتى كان الحكم قد قرر وهو في معرض الرد على طلب الطاعن صحة ونفاذ ورقة الإقرار الصادر له من المطعون عليها الثانية أنه " لايمكن اعتبار هذا الطلب فرعا عن طلب تثبيت الملكية بدليل أنه لايصح للمدعى فى دعوى صحة ونفاذ العقد التحدث عن الملكية لأن حقه فيها لاينشأ إلا بعد صدور الحكم لصالحه فى الدعوى المذكورة وتسجيله وبتعبير آخر أن الملكية مرحلة تالية أساسها الحكم بصحة ونفاذ الإقرار وتسجيله " فإن الطعن فيه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون غير صحيح " .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٤/١٩)

٢- " على محكمة الموضوع إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح دون تقيد بتكييف الخصوم لها إلا أنها لاتملك تغيير سبب الدعوى ويجب عليها الالتزام بطلبات الخصوم وعدم الخروج عليها ، وإذ كانت الدعوى قد أقامها الطاعن بطلب اقتصر على الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه فإن لازم ذلك أن تتقيد المحكمة فى قضائها بهذا الطلب وحده . وما ارتكز عليه من سير قانونى طالما لم يطرأ عليها تغيير أو تعديل من الطاعن أثناء سير الخصومة وفى الحدود التى يقررها قانون المرافعات، وليس صحيحا فى القانون ما يقول به الطاعن من أن القضاء للمشترى بصحة ونفاذ عقد البيع وبثبوت ملكيته للعقار محل هذا العقد أمران متلازمان ذلك أن المقصود من طلب صحة ونفاذ

عقد البيع هو تنفيذ التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل الملكية، فيكون فـــى معنى هذا الطلب أن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشترى ، ولـــذا فإن الحكم به يكون متناقضا إذا ما اجتمع مع قضاء بتثبيت ملكيـــة ذات المشترى لهذا العقار لما يفيده هذا القضـــاء بطريـــق اللـــزوم الحتمى من ثبوت اكتساب المشترى لملكية العقار فعلا . لمـــا كـــان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه يكون صائبا إذ خلص إلـــى تخطئـــه الحكم الابتدائى بمخالفة القانون للقضاء بما لم يطلبه الخصوم لمـــا ثبت أن مطلب الدعوى انحصر فى الحكم بصحة عقد البيع ونفـــاذه ورغم ذلك قضى دون طلب من الطاعن بتثبيت ملكيته إلى المســـاة مع قضائه بصحة ونفاذ عقد بيعها إليه ، فإن النعى يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٥٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٢١)

١٠٤ـ دعوى صحة التعاقد ودعوى فسخ البيع وجهان لنزاع واحد :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كانت الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد البيع وطلب اعتباره مفسوخاً وما يترتب على ذلك من طلبات بالتسليم والريع والتعويض هى طلبات متقابلة لخصومة واحدة تتعلق بمدى صحة عقـــد البيـــع ونفاذه فى حق عاقديه والحكم فى هذا الطلب يكشـــف عـــن ســـند

الطاعنين فى وضع يدهم على الأطيان المبيعة مما يترتب عليه حتماً رفض الطلبات الأخرى أو قبولها كلها أو بعضها مما ينتفى معه القول باستقلال كل من الطلبات المطروحة عن الآخر ومن ثم فإن الحكم الصادر من محكمة أول درجة بفسخ عقد البيع ورفض دعوى صحة التعاقد وإلزام الطاعنين بالتسليم وقبل الفصل فى طلب الريع والتعويض بندب مكتب الخبراء يكون قد فصل فى شق من الطلبات ولايكون منهياً للخصومة كلها إذ ما زال على المحكمة أن تمضى فى نظر الدعوى بالنسبة لباقى الطلبات التى لم تقل كلمتها فيها وكانت محكمة الاستئناف قد قبلت رغم ذلك الطعن الاستئناف على الحكم الابتدائى فى شقه المتعلق بصحة التعاقد والفسخ وحكمت فى الموضوع بتأييد الحكم المستأنف بينما قضت فى طلب التسليم بعدم جواز استئنافه على سند من أن الحكم فى هذا الطلب غير منه للخصومة كلها وكان الحكم فى هذه الطلبات لايعتبر بهذه المثابة – وعلى نحو ما سلف بيانه من أحكام الإلزام القابلة للتنفيذ الجبرى ولايندرج ضمن الحالات الاستثنائية الأخرى المبينة بالمادة ٢١٢ سالفة البيان ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون غير قابل للطعن فيه بالنقض إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها فيتعين الحكم بعدم جواز الطعن " .

(طعن رقم ١٢٩٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٢/٣/١٥)

١٠٥ـ قابلية دعوى صحة التعاقد للتجزئة :

الأصل أن دعوى صحة التعاقد قابلة للتجزئة وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة بطبيعته أو لمفهوم قصد عاقدية .

ولذلك رأينا سلفا أنه إذا كان العقد صحيحا فى شق منه وباطلا فى شقة الآخر ، كان على محكمة الموضوع القضاء بصحة ونفاذ العقد بالنسبة للشق الصحيح[١] .

---

(١) ومن الأمثلة على عدم قابلية عقد البيع للتجزئة ما جاء بقضاء محكمة النقض من أنه :

١- " إذا كان الثابت أن الطاعنة أقامت الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لها من مورث المطعون عليهم، واختصمت جميع ورثته ، ودفع مورث المطعون عليهم من الرابعة حتى التاسعة وكذلك المطعون عليها العاشرة هذه الدعوى ببطلان عقد البيع لأن البائع كان فاقد الإدراك معدوم الإرادة وقت التصرف ، وحكم ابتدائيا ببطلان العقد ورفض الدعوى ، فاستأنفت الطاعنة هذا الحكم وقضى بانقطاع سير الخصومة بوفاة المستأنف عليه مورث المطعون عليهم من الرابعة حتى التاسعة وبعد أن استأنفت الدعوى سيرها دفع المطعون عليهم من الرابعة حتى العاشرة بسقوط الخصومة لأن مورث المطعون عليهن السابعة والتاسعة والأخيرة ، أعلن بعد انقضاء سنة من تاريخ الحكم بانقطاع سير الخصومة ولعدم إعلان المطعون عليه السادس ، ولما كان موضوع الدعوى على هذه الصورة غير قابل للتجزئة لأنه يدور حول صحة عقد البيع أو بطلانه ، ولايتصور أن يكون هذا التصرف باطلا بالنسبة لمن دفع بسقوط الخصومة من ورثة البائع لأن الحكم الابتدائى

ببطلان العقد يصبح نهائيا بالنسبة لهم طبقا لنص المادة ١٣٨ من قانون المرافعات ، وأن يعتبر ذات التصرف صحيحا بالنسبة لمن لم يدفع منهم بسقوط الخصومة مع أنهم جميعا سواء فى المركز القانونى ماداموا قد اختصموا بهذه الصفة ولايحتمل الفصل فى الطعن على التصرف غير حل واحد. لما كان ذلك فإن سقوط الخصومة بالنسبة لبعض المستأنف عليهم يترتب عليه سقوطها بالنسبة للباقين " .

(طعن رقم ٤٥٢ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢)

٢- " إذ كان البين من الأوراق أن الطاعن أقام الدعوى ابتداء على المرحوم ... بطلب صحة ونفاذ عقد البيع العرفى الصادر منه إليه ولما تبين وفاته قبل رفع الدعوى اختصم الطاعن ورثته المطعون ضدهم وأرملته ... وأخيهم ... وحكم ابتدائيا بإجابة الطاعن إلى طلباته فاستأنف المطعون ضدهم فقط هذا الحكم دون أخيهم ... ووالدتهم ... ولم تأمر المحكمة باختصامهما فى الاستئناف حتى صدور الحكم فيه ، وكانت الدعوى قد أقيمت أساساً على متوفى فتكون الخصومة فيها معدومة بالنسبة له وبهذا الوصف يكون موضوعها غير قابل للتجزئة بالنسبة لورثته جميعا لأنهم يستمدون حقهم فيها بسبب وراثتهم للبائع وهو مما لايحتمل الفصل فيه إلا حلاً واحداً بعينه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بقبول الاستئناف شكلاً دون اختصام المحكوم عليهما اللذين لم يطعنا بالاستئناف يكون قد خالف قاعدة قانونية إجرائية متعلقة بالنظام العام كانت عناصرها الموضوعية مطروحة على محكمة الموضوع بما يجوزمعه التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، مما يبطل الحكم المطعون فيه " .

(طعن رقم ٤٤٠٩ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٤/١/٢٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١-"موضوع دعوى صحة ونفاذ عقد بيع أطيان زراعية رفعها المشترى ضد ورثة البائع هو مما يقبل التجزئة بطبيعته ذلك أنه قد يصح البيع بالنسبة لمن أقر به من الورثة ولا يصح بالنسبة لمن طعن منهم فيه " .

(طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/١١)

٢- " من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن موضوع الدعوى التى يرفعها المشترى ضد ورثة البائع بصحة ونفاذ العقد الصادر من مورثهم ببيع عقارات مملوكة له هو مما يقبل التجزئة بطبيعته ، وأنه قد يصح هذا البيع بالنسبة لمن يقر به من الورثة ولا يصح بالنسبة لمن يطعن منهم فيه . ولما كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وقرر أن تنازل المطعون عليها الثانية عن دعواها ، لايؤثر على ما اتخذه باقى المطعون عليهم من الادعاء بتزوير العقدين ، فإنه لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ١١٢٠ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٨)

٣- " إذ كان الواقع الثابت بالأوراق أن الطاعن أقام دعواه ضد المطعون عليهم بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقود البيع الأربعة المتتالية الصادر أولها من المطعون ضده الأول ومورث الطعون ضدهم من الثانى إلى الخامسة بتاريخ ١٩٦٦/٩/٩ إلى المطعون

ضده السابع والمتضمن بيعهما له قطعـة أرض فضـاء مسـاحتها ٣٥٠م٢ ، وكان بطلان الخصومة بالنسبة لمورث المطعون ضدهم من الثانى إلى الخامسة أحد البائعين لايمنع مـن قبـول الـدعوى بالنسبة للقدر المبيع من البائع الآخـر - المطعـون ضـده الأول- والعقود التالية عليه بالنسبة لهذا القدر متى كانـت الـدعوى تقبـل التجزئة فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلغاء الحكـم المسـتأنف وبعدم قبول الدعوى لمجرد ما خلص إليه من بطـلان الخصـومة بالنسبة لمورث المطعون ضدهم من الثانى إلى الخامسـة - أحـد البائعين- حاجباً بذلك نفسه عن بحث مدى صحة العقـود بالنسـبة للقدر المبيع ابتداء من المطعون ضده الأول رغم أن الدعوى تقبـل فى الأصل التجزئة ودون أن يستظهر أن الدعوى لاتقبل التجزئـة يكون فضلا عن قصوره قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٧)

غير أن عقد الصلح الذى يبرم فى دعوى صحة التعاقـد ممـا لايقبل التجزئة :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"عقد الصلح- وعلى ما جرى به نص المادة ١/٥٥٧من القانون المدنى - لايقبل فى الأصل للتجزئة - ودعوى صحة ونفـاذ عقـد البيع تتسع لبحث ما يثار من نزاع حول ملكية البائع للمبيع بحيـث

لايجاب المشترى إلى طلب صحة عقده كله إلا إذا كان تسجيل الحكم ونقل الملكية إليه من البائع ممكنين فإن تبين أن البائع لايملك إلا جزءا من المبيع امتنع على المحكمة إجابة المشترى والبائع إلى طلبهما إلحاق عقد الصلح المبرم بينهما عن كامل القدر المبيع لوروده فى شق منه على بيع لملك الغير ولايجاب المشترى إلى طلب صحة عقده إلا بالنسبة للقدر الذى ثبت أنه مملوك للبائع له لقاء ما يعادله من الثمن المتفق عليه ".

(طعن رقم ١٧٠٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/١١/٧)

١٠٦ـ الدفع بجهالة توقيع المورث على عقد البيع مما لايقبل التجزئة :

دفع دعوى صحة التعاقد من جانب المدعىعليهم (ورثة البائع) بجهالة توقيع مورثهم على عقد البيع مما لايقبل التجزئة ولايحتمل إلا حلا واحد لأنه من المقرر أن الدفع بالإنكار وهو صورة من صور الطعن بالتزوير لايقبل التجزئة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان البين من الأوراق أن المطعون ضده أقام دعواه ابتداء ضد الطاعنة باعتبارها وارثة البائعة بطلب الحكم بصحة عقد البيع المؤرخ ١٩٦٥/٣/١ فدفعت الطاعنة بجهالة توقيع مورثتها على العقد وأرشدت عن أسماء ومحال إقامة باقى ورثة البائعة

فكلفت المحكمة المطعون ضده باختصامهم فلم يمتثل وقضت رغم ذلك بصحة العقد فى حين أن الطعن بالجهالة على توقيع المورثة على عقد البيع سند الدعوى مما لايقبل التجزئة ولايحتمل إلا حلا واحداً لأنه من المقرر أن الدفع بالإنكار وهو صورة من صور الطعن بالتزوير لايقبل التجزئة ، مما كان يوجب على محكمة أول درجة أن تقضى بعدم قبول الدعوى وإذ قضى الحكم المطعون فيه فى موضوع الاستئناف فإنه يكون قد شابه البطلان والخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ١٦٨٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٦/٦/١١)

وكذلك الادعاء بتزوير العقد مما لا يقبل التجزئة ولو انصب على نصيب أحد المشترين .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الطاعنون قد أقاموا الدعوى على المطعون ضدها وآخرين بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لهم منهم بالتساوى فيما بينهم وإذ دفعت المطعون ضدها بتزوير العقد بالنسبة لنصيبها وقضى الحكم الابتدائى برفضه وللطاعنين بمطلبهم فاستأنفته المطعون ضدها فيما قضى به بالنسبة لهذا النصيب فإن موضوع النزاع على هذا النحو يكون غير قابل للتجزئة لأن النزاع بحسب طبيعته الذى فصل فيه الحكم وهو صحة ونفاذ عقد البيع

الصادر من المطعون ضدها عن نصيبها لايحتمل الفصل فيه غير حل واحد بعينه ويستلزم أن يكون الحكم واحدا بالنسبة لجميع الخصوم إذ لايتأتى أن يكون الحكم لإثبات التعاقد صحيحا نافذا بالنسبة لمن لم يختصم وغير صحيح لمن تم اختصامه بما تلتزم معه المطعون ضدها فى الاستئناف المرفوع منها باختصام كل المحكوم لهم ، فإن لم تفعل أمرت المحكمة بذلك إعمالا لحكم المادة ٢١٨ المشار إليها وإذ قضى الحكم المطعون فيه الصادر بتاريخ ١٩٨٨/١١/٩ بقبول الاستئناف شكلا دون اختصام كل من المحكوم لهما فإنه يكون قد خالف قاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام كانت عناصرها مطروحة على محكمة الموضوع بما يبطله ".

(طعن رقم ٧٩٨ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢)

١٠٧- القضاء بصحة العقد يتضمن حتما أنه عقد غير صورى :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى حاز الحكم قوة الأمر المقضى فإنه يمنع الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها من العودة إلى المناقشة فى المسألة التى فصل فيها بأى دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها فى الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها – فإذا كان الحكم النهائى فى الدعوى الأولى قد

حسم النزاع بين الخصوم وقضى بصحة عقد البيع الوفائى المبرم بينهم رغم الدفع فى هذه الدعوى ببطلان البيع لإخفائه رهنا ، فإن هذا الحكم حتى ولو لم يبحث هذا الدفع يحوز قوة الأمر المقضى فى شأن صحة العقد ويمنع الخصوم أنفسهم أو خلفهم من التنازع فى هذه المسألة فى دعوى ثانية بطلب بطلان ذلك البيع ولايغير من ذلك اختلاف الطلبات فى الدعويين ذلك أن طلب صحة العقد ونفاذه وطلب بطلانه متصلان اتصالا كليا إذ علة الحكم بصحة العقد فى الدعوى الأولى عدم بطلانه و عضاء بصحة العقد يتضمن حتما أنه غير باطل ".

(طعن رقم ٣٦١ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٥/٥/١٣)

٢- " القضاء السابق بصحة العقد يتضمن حتما أنه عقد غير صورى وصحيح ومن شأنه نقل الملكية ومتى حاز الحكم قوة الأمر المقضى فإنه يمنع الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها من العودة إلى المناقشة فى المسألة التى فصل فيها بأية دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها فى الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/١)

٣- " إنه وإن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكم بصحة العقد فحواه عدم بطلانه إلا أنه لما كان يبين من الاطلاع على الأحكام الصادرة فى الدعاوى السابقة أن بعض المطعون عليهم تقدموا فى هذه الدعاوى بطلب قبولهم خصوما فيها، وذلك للطعن

ببطلان التصرف المطلوب الحكم بصحته استنادا إلى أنه قد قدم طلب بتوقيع الحجر على المتصرف ، غير أن المحكمة لم تقبل تـدخلهم ، وورد فى أسباب هذه الأحكام أن لطالب التدخل رفع دعاوى مستقلة بالبطلان ، ممامفاده أن الأحكام بصحة عقود البيع المشار إليهـا لـم تفصل فى طعون طالبى التدخل فى هذه التصرفات موضـوع هـذه العقود بالبطلان على وجه يحتج به فى هذه الخصومة، طالما أن هذه الأحكام رأت عدم النظر فى هذه الطعون ، وصرحت باستبقاء الفصل فيها بدعاوى مستقلة. وإذ كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لايمكن أن يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الأمر المقضى ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أصـاب صحيح القانون فيما قضى به من أن الأحكام الصادرة فى الـدعاوى سالفة البيان لاتعتبر حجة على المطعون عليهم ".

(طعن رقم ٢٩٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٢/٢)

٤- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الدعوى بصحة ونفـاذ العقد تستلزم أن يكون من شأن المبيع موضوع التعاقد نقل الملكيـة حتى إذا ما سجل الحكم قام مقام العقد المسجل فى نقل الملكية وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع ويتحقق من استيفائه للشروط اللازمة لانعقاده وصحته ومن ثم فإن هذه الدعوى تتسـع لإثارة جميع أسباب البطلان التى توجه إلى التصـرف فـإذا فـات الخصم إيداء سبب من هذه الأسباب كان فى استطاعته إبداؤه فـى تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد ونفاذه فإن هذا الحكم يكون مانعـا

لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استنادا إلى هذا السبب ، ذلك أن طلب صحة العقد وطلب بطلانه وجهان متقابلان لشئ واحد والقضاء بصحة العقد يتضمن حتما بأنه غير باطل" .

(طعن رقم ١١٣٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٢/١)

١٠٨- عدم سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم :

لاتسقط دعوى صحة التعاقد بالتقادم . فلا يمكن للبائع أو ورثته أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم حتى ولو انقضت مدة التقادم الطويلة. ذلك أن التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أبدا التعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة المكسبة للملكية. ودفع البائع أو ورثته بسقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم ، هو من قبيل المنازعة الممتنعة قانونا عليهم [١].

---

(١) الدكتور برهام عطا الله ص ١٥٩ ومابعدها – محمد شكرى سلامه ص ٢٥٠- المستشار محمود رضا الخضيرى دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع طبعة ثانية سنة ٢٠٠٣ ص ٤٤ ومابعدها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١-" يلتزم البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فـى الانتفـاع بالمبيع أو منازعته فيه . وهذا الالتزام مؤبد يتولد عن عقـدا البيـع ولو لم يكن هذا العقد مشهرا وينتقل من البائع إلى ورثتـه فيمتنـع عليهم- مثله- منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقـد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شـروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكيـة . وإذا كان الطاعنون " ورثة البائع " قد دفعوا دعـوى ورثـة المشـترى بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لمورثهم من مـورث الطـاعنين- بسقوطها بالتقادم لرفعها بعد أكثر من خمس عشرة سنة من تـاريخ صدور هذا العقد ، فإن هذا الدفاع يعد من قبيل المنازعة الممتنعـة قانونا على الطاعنين بمقتضى التزام مورثهم بالضمان ، وإذ التـزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لايكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢١)

٢- " التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفـاع بالمبيع أو منازعته فيه وفقا للمادتين ٢٦١، ٣٠٠ من القانون المدنى الملغى والمادة ٤٣٩ من القانون القائم التزام أبدى يتولد مـن عقـد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشـترى لأن مـن وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض . وينتقل هذا الإلتزام مـن

البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية . ومن ثم فإن دفع وارث البائع بعدم تسجيل عقد المشترى وبسقوط حقوق الأخير ، المتولدة عن عقد البيع بالتقادم وطلب الوارث تثبيت ملكيته لبعض العقار المبيع إنما هو من قبيل المنازعة الممتنعة عليه قانونا بمقتضى التزام مورثه بالضمان " .

(طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/١/١٣)

٣- " من أحكام البيع المقررة فى المادتين ٢٢٦و٣٠٠ من القانون المدنى القديم و المادة ٤٣٩ من القانون القائم التزام البائع بضمان عدم التعرض المشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وهذا الالتزام أبدى يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أبدا التعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة المكسبة للملكية . ولما كان الدفع من الورثة بسقوط حق المشترى بالتقادم لقعوده عن رفع دعواه بصحة ونفاذ عقد البيع هو من قبيل المنازعة الممتنعة قانونا على ورثة

البائع ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بقبول هذا الـدفع يكـون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٥٧٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/١٦) [١]

---

(١) وهناك آراء أخرى فى سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم هى :

الرأى الأول :

أن دعوى صحة التعاقد تستند أساسا إلى ما تقضى به المادة ٢١٠ مـن التقنين المدنى ، حيث يكون للمشترى حق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذا عينيا ، فهى لاتستند إلى حق ملكيته .

ومن ثم فإن الدعوى تسقط بالتقادم كسائر الدعاوى الأخـرى بانقضـاء خمس عشرة سنة من تاريخ العقـد (م٣٧٤) (السـنهورى ص ٤٩٥- محمد لبيب شنب ص ١١٣) .

الرأى الثانى :

يفرق بين حالة استلام المشترى العقار المبيع ، وحالة ما إذا كان العقـد غير المسجل لم ينفذ بصورة ما يتوافر له بها صفة المالك الظاهر .

ففى الحالة الأولى يحق للمشترى دائما أن يرفع دعوى صحة التعاقـد مهما طالت المدة ليثبت واقعة قانونية هى صحة التعاقد الصادر إليه من البائع ليتم بذلك نقل الملكية إليه تنفيذا للقانون لأنه من الضرورى له أن يزيل كل عقبة مادية تعترض سبيل الوصول إلى حقه المـذكور . فإنـه باستلامه العقار المبيع ودوام وضع يده عليه بصفته المالك الظاهر لـه يدوم حقه كمالك على هذا العقار ومادام هذا الحق باقيا ثابتـا لـه فـإن الدعوى به وهى صحة التعاقد الحاصل عن هذا العقار تظل قائمة كذلك لأن العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما .

١٠٩ـ سريان القاعدة العامة فى انقضاء الخصومة على دعاوى صحة التعاقد :

لا شأن لقاعدة عدم سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم والتى أساسها أن من يلزم بالضمان يلزم بعدم التعرض ، بانقضاء الخصومة ، فتظل الدعوى خاضعة للقاعدة الواردة بنص المادة ١٤٠ مرافعات التى تقضى بأنه :

أما الحالة الثانية ، وهى حالة ما إذا لم ينفذ عقد البيع صورة ما كتسليم أو نحوه فإن إهمال المشترى فى تسلم العقار المبيع وفى المطالبة بتنفيذ التزام البائع أو خلفائه بنقل الملكية إليه ، ومضى على آخر إجراء اتخذه المشترى للمطالبة بتنفيذ هذا الالتزام أكثر من خمس عشرة سنة ، فإن المشترى قد يتعرض فى هذه الحالة للدفع بسقوط الحق فى إقامة دعواه بطلب صحة التعاقد ويكون للمحكمة عندئذ أن تقبل هذا الدفع وتقضى بسقوط حقه إذا ما استبان لها صحة هذا الدفع (الدكتور محمود شوقى الشهر العقارى علما وعملا – إعداد فتحى جابر العقيلى سنة ١٩٩٠ ص ٢٠٠) – (ويأخذ بهذه التفرقة بعض أنصار الرأى الأول– راجع السنهورى ص ٤٩٥ هامش (١)) .

الرأى الثالث :

أنه يجوز رفع دعوى صحة التعاقد متى توافرت شروطها فى أى وقت ولايجوز دفعها بالتقادم المسقط لأنها تعتبر دعوى استحقاق مآلا . ولأن القاعدة المقررة قانونا هى أن الملكية لا تسقط بالتقادم ، فيجب أن تسرى هذه القاعدة على السبل التى تؤدى إلى الملك (سليمان مرقس ص٣٢١) .

" فى جميع الأحوال تنقضى الخصومة بمضى سنتين على آخر إجراء صحيح فيها .

ومع ذلك ، لايسرى حكم الفقرة السابقة على الطعن بطريق النقض " .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ... الدعوى هى حق الالتجاء إلى القضاء للحصول على حماية قانونية للحق المدعى به . أما الخصومة فهى وسيلة ذلك أى أنها مجموعة الأعمال الإجرائية التى يطرح بها هذا الادعاء على القضاء ويتم بها تحقيقه والفصل فيه والقانون المدنى هو الذى ينظم قواعد سقوط وانقضاء الدعاوى والحقوق بمضى المدة بينما ينظم قانون المرافعات قواعد سقوط وانقضاء الخصومة . وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن انقضاء الخصومة لايترتب عليه أى مساس بأصل الحق المرفوعة به الدعوى بل يبقى خاضعا فى انقضائه للقواعد المقررة فى القانون المدنى . ولما كان التعرض الشخصى الذى يضمنه البائع فى مفهوم المادة ٤٣٩ من القانون المدنى هو كل عمل يعكر على المشترى حقه فى حيازة المبيع والانتفاع به . فلا يدخل فى ذلك ما يبديه البائع فى دعوى صحة التعاقد الذى يقيمها عليه المشترى من دفوع أو طلبات يهاجم بها إجراءات الخصومة سواء لعوار فيها أو لسقوطها أو انقضائها

بمضى المدة ، إذ لا يعتبر هذا من قبيل التعرض لحقوق المشترى الناشئة عن عقد البيع . ولما كان الأصل أن التقاعس عن موالاة الخصومة يرتب بذاته مصلحة قانونية مشروعة لكل خصم حقيقى فيها للتخلص منها حتى لايظل معلقا دون حدود بإجراءات تخلى أطرافها عن إكمال السير فيها خلال المدة القانونية فقد أجاز المشرع لأى منهم طلب الحكم بسقوطها أو انقضائها حسب الأحوال دون أن يكون فى هذا الطلب شبهة تعسف فى استعمال الحق لاستناده إلى مصلحة مشروعة وعدم مساسه بأصل الحق المرفوعة به الدعوى. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بانقضاء الخصومة فى الدعوى رقم ١٠٩٢ سنة ١٩٦٦ لمضى المدة القانونية من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون فيما انتهى إليه . ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بالأوجه المشار إليها على غير أساس " .

(طعن رقم ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/١/٣١)

الاختصاص بنظر دعوى صحة التعاقد :

١١٠- أولاً : الاختصاص القيمى :

تنص المادة ٣٧ من قانون المرافعات على أن : " يراعى فى تقدير قيمة الدعوى ما يأتى :

....

٧- إذا كانت الدعوى بطلب **صحة عقد** أو إبطاله أو فسخه تقدر قيمتها بقيمة المتعاقد عليه .... الخ " .

وطبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٧ سالفة الذكر يراعى فى تقدير قيمة الدعوى ما يأتى :

" الدعاوى التى يرجع فى تقدير قيمتها إلى قيمة العقار يكون تقدير هذه القيمة باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنيا ، فإن كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية . فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته".

ومفاد ذلك أن الاختصاص القيمى بنظر دعوى صحة التعاقد يتحدد بقيمة العقار محل الدعوى ، وتقدر قيمة العقار باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنيا ، فإن كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية . وأنه لذلك لاعبرة بالثمن الوارد بالعقد أى الثمن الذى اتفق عليه المتعاقدان ، إذا كان يخالف التقدير السابق .

أما إذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته ، وغالبا ما تستعين المحكمة فى تقدير هذه القيمة أهل الخبرة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الدعوى بطلب صحة عقد تقدر طبقا للمـادة ٧/٣٧ مـن قانون المرافعات بقيمة المتعاقد عليه ، وتنص الفقرة الأولى من هذه المادة على أن الدعاوى المتعلقة بالمبانى تقدر قيمتها باعتبـار ١٨٠ مثلا من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة على العقار ، فإذا كـان غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته . ولما كان تقـدير قيمة المنزل الذى طلب الطاعن الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة لـه هو واقع كان يتعين طرحه على محكمة الاستئناف ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه فيما قضى به ضمنا مـن جـواز الاسـتئناف بالنسبة لهذا الطلب بمقولة أن قيمة هذا العقار لـم تكـن تتجـاوز النصاب النهائى للمحكمة الابتدائية ، يكون نعيا غير مقبـول ممـا يمتنع معه عرض هذا السبب لأول مرة أمام محكمة الـنقض ولـو كان متعلقا بالنظام العام " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١١)

٢- " طبقا للمادة ٢٢٣ من قانون المرافعات تقدر قيمة الدعوى فيما يتعلق بنصاب الاستئناف وفقا لأحكام المواد من ٣٦ إلـى ٤١ من ذات القانون ، والدعوى بطلب صحة عقد تقدر قيمتها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – طبقا للمادة ٧/٣٧ من القانون المذكور بقيمة المتعاقد عليه ، وقد نصت الفقرة الأولى مـن هـذه المادة على أن الدعاوى المتعلقة بالأراضى تقدر قيمتهـا باعتبـار

سبعين مثلا لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها ، فـإذا كانـت الأرض غير مربوط عليها ضريبة قدرت المحكمة قيمتهـا ، فـإن الدعوى بصحة ونفاذ عقد بيع أرض زراعية تقدر قيمتها باعتبـار سبعين مثلا لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها " .

(طعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٦/٦)

(راجع أيضا فى تقدير قيمة الدعوى بالنسبة للشفعة)

(طعن رقم ٢٥٨٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

وبالترتيب على ذلك إذا كانت قيمة العقار المبيع طبقا للقاعـدة المتقدمة لاتجاوز عشرة آلاف جنيه ، فإن دعوى صحة التعاقد عليه تدخل فى الاختصاص القيمى للمحكمة الجزئية (م٤٢مرافعات) ، فإذا زادت قيمة العقار على ذلك ، فإن الدعوى تدخل فى الاختصـاص القيمى للمحكمة الابتدائية .

والمقرر أن قواعد الاختصاص القيمى مما يتعلق بالنظام العام. وتتصدى لها المحكمة من تلقاء نفسها دون ما دفع من الخصوم .

١١١ـ اختصاص المحكمة الابتدائية بطلب الحكم بصحة عقد البائع للبائع ولو كانت قيمتـه أقـل مـن نصاب هـذه المحكمة :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٧ من قانون المرافعات على أن:

" كما تختص (المحكمة الابتدائية) بالحكم فى الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة **وكذلك فى الطلبات المرتبطـة**

بالطلب الأصلى مهما تكن قيمتها أو نوعها " – فإذا كان المشترى قد اختصم البائع للبائع له أمام المحكمة الابتدائية – المختصة قيميا بالدعوى – للقضاء بصحة عقده ، حتى يمكن القضاء بصحة عقده هو ، وكانت قيمة عقد البائع للبائع تدخل فى حدود نصاب المحكمة الجزئية – بحسب الأصل– فإن المحكمة الابتدائية تضحى مختصة بنظر هذا الطلب ، باعتباره طلبا مرتبطا بطلب الحكم بصحة العقد الصادر للمشترى ويكون حكمها الصادر فى الطلب الأصلى الذى تجاوز قيمته النصاب الانتهائى للمحكمة الابتدائية وفى الطلبات المرتبطة به جائز استئنافه إذ العبرة فى تقدير قيمة الدعوى فى هذه الحالة بقيمة الطلب الأصلى وحده ولايكون للطلب المرتبط به تقدير مستقل عنه ، ومن ثم يجوز للبائع للبائع الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر فى الدعوى بالنسبة لعقده [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الطاعن قد أقام دعواه أمام المحكمة الابتدائية بطلب صحة ونفاذ عقد البيع الصادر له من المطعون ضدهما الأول والثانى والذى تزيد قيمته على مائتين وخمسين جنيها ، وتوطئه لذلك طلب الحكم بصحة التعاقد من عقود البيع الثلاثة عن ذات القدر الصادرة للبائعين حتى يتسنى له تسجيل الحكم الصادر بصحة ونفاذ هذه العقود وانتقال الملكية إليه ، وكان اختصام المشترى– فى

---

(١) المستشار محمود الخضيرى ص ٥٤ .

دعوى صحة التعاقد – البائع للبائع له – وعلى ماجرى به قضـــاء هذه المحكمة – متعينا حتى يجاب إلى طلبه الحكم بصـــحة ونفـــاذ عقده وإلا كانت دعواه به – قبل أن يسجل البائع له عقد شـــرائه – غير مقبولة إذ كان ذلك ، فإن طلبات الطاعن التى ضمنتها دعـــواه بصحة التعاقد عن عقود البيع الصادرة للبائعين له تعتبر بهذه المثابة مرتبطة بطلبه الأصلى بصحة التعاقد عن عقده وتختص المحكمـــة الابتدائية بالحكم ابتدائيا بالنظر فيها تبعـــا وامتـــدادا لاختصاصـــها بالنظر فيه وذلك عملا بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٧ من قـــانون المرافعات التى تقضى باختصاص المحكمة الابتدائية بـــالحكم فـــى الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلى مهما تكن قيمتها أو نوعها إذ هى المحكمة ذات الاختصاص العام فى النظام القضـــائى متـــى كانـــت مختصة بالنظر فى طلب ما فإن اختصاصها هذا يمتد إلى ما عساه أن يكون مرتبطا به من طلبات أخرى ولو كانت مما يـــدخل فـــى الاختصاص القيمى أو النوعى للقاضى الجزئى ، ويكـــون حكمهـــا الصادر فى الطلب الأصلى الذى تجاوز قيمته النصـــاب الانتهـــائى للمحكمة الابتدائية –وفى الطلبات المرتبطة به جـــائزا اســـتئنافه إذ العبرة فى تقدير قيمة الدعوى فى هذه الحالة بقيمة الطلب الأصـــلى وحده ولا يكون للطلبات المرتبطة به تقدير مستقل عنه . لما كـــان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بعـــدم جواز الاستئناف لقلة النصاب بالنسبة لطلبات الطاعن صحة ونفـــاذ عقود البيع الثلاثة الصادرة للبائعين له باعتبار أن كل طلب من هذه

الطلبات ناشئ عن سبب قانونى مستقل عن الآخر فتقدر قيمة الدعوى بقيمة كل طلب على حدة دون نظر إلى قيمة الطلب الأصلى وارتباط هذه الطلبات به وقد ترتب على ذلك أن حجب الحكم نفسه عن التعرض لدفاع الطاعن الذى أثاره بشأنها فى موضوع استئنافه وأسس على اعتبار الحكم المستأنف نهائيا فى هذا الخصوص قضاءه برفض الاستئناف بالنسبة لطلب الطاعن الحكم بصحة ونفاذ عقده هو استنادا إلى أنه قد أخفق فى إثبات ملكية البائعين له فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٣٠)

١١٢ـ ثانيا : الاختصاص المحلى :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٠ من قانون المرافعات على أنه:

" **وفى الدعاوى الشخصية العقارية** يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه " .

ولما كنا قد خلصنا فيما سلف إلى أن دعوى صحة التعاقد هى دعوى شخصية عقارية ، فإن المحكمة المختصة محليا تكون إما المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه . ويكون الخيار فى رفع الدعوى أمام أى من المحكمتين المذكورتين للمدعى ، سواء أكان هو المشترى أو البائع ، فقد رأينا سلفا أنه قد يكون للبائع مصلحة فى رفع دعوى صحة التعاقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الدعاوى الشخصية العقارية هى الدعاوى التى تستند إلى حق شخصى ويطلب بها تقرير حق عينى على عقار أو اكتساب هذا الحق ومن ذلك الدعوى التى يرفعها المشترى بعقد غير مسجل ويطلب بها الحكم على البائع بصحة التعاقد وقد راعى الشارع- هذا الازدواج فى تكوين الدعوى ومآلها حينما جعل الاختصاص المحلى بنظر الدعاوى الشخصية العقارية- وفقا للمادة ٥٦ مرافعات- معقودا للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه. ولاينال من هذا النظر أن تكون المادة ٨٣ من القانون المدنى قد اقتصرت فى تقسيم الأحوال والدعاوى المتعلقة بها على عقار ومنقول فقط إذ لم يرد فيها أو غيرها من نصوص القانون المدنى أية قاعدة للاختصاص تغاير قاعدة المادة ٥٦ من قانون المرافعات فى شأن الاختصاص بالدعاوى الشخصية العقارية " .

(طعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢١)

٢- " المقصود بالدعوى الشخصية العقارية – وعلى ما ورد بالمذكرة التفسيرية فى تعليقها على المادة ٥٦ من قانون المرافعات السابق الذى رفعت الدعوى الماثلة فى ظله ، والمقابلة للمادة ٥٠ من قانون المرافعات الحالى- الدعاوى التى تستند إلى حق شخصى ويطلب بها تقرير حق عينى على عقار أو اكتساب هذا الحق، ومنها الدعوى التى يرفعها المشترى بعقد غير مسجل ويطلب بها الحكم على البائع بصحة التعاقد، ولقد أفصح المشرع فى المذكرة التفسيرية سالفة الذكر عن علة إيراد القاعدة التى جعلت الاختصاص

بنظر هذه الدعوى لمحكمة العقار إلى جانب محكمة موطن المدعى عليه فذكر أنه راعى فى ذلك مآل الدعوى والازدواج الواقع فى تكوينها وإذ كان الثابت- والذى لا خلاف عليه - أن الدعوى الحالية رفعت إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار محل التعاقد الذى طلب الحكم بصحته . وكانت هذه الدعوى ليست من دعاوى التركات التى ترفع قبل قسمة التركة من الدائن أو من بعض الورثة على بعض والتى جعلت المادة ٥٩ من قانون المرافعات السابق (المقابلة للمادة ٥٢ من قانون المرافعات الحالى) الاختصاص بنظرها للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل افتتاح التركة أى آخر موطن للمتوفى ، فإن الدعوى تكون قد رفعت إلى محكمة مختصة بنظرها ويكون الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى رفض الدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة محليا بنظر الدعوى غير مخطئ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٨)

وإذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة فى الجمهورية ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الأحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو محل إقامته فإن لم يكن له موطن ولا محل إقامة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة (م٦١ مرافعات) .

وقواعد الاختصاص المحلى مما لا يتعلق بالنظام العام ويجب الدفع بعدم الاختصاص المحلى قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيه . ويسقط حق الطاعن فى هذا الدفع إذا لم يبده فى صحيفة الطعن (م١٠٨ مرافعات) .

مـــادة (٤٢٩)

إذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية إلى المشترى على النحو الذى تنتقل به فى الشئ المعين بالذات ، ويكون البيع جزافا ولـــو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع.

الشـــرح

١١٣ـ المقصود بالبيع جـزافـا :

بيع الجزاف (vente en bloc) هو بيع لأشياء مثلية عينـــت وقت العقد بذاتها ، لابمقدارها وصنفها كما هو الأصل فى الأشـــياء المثلية ، ومثاله أن يبيع شخص كل محصول القطن الناتج من قطعة أرض معينة ، أو كل النطرون المستخرج من مستنقع معـــين فـــى خلال مدة محدودة. أو يبيع شخص كل القمح الموجود فى مخـــزن معين دون بيان لمقدار القطن أو النطرون أو القمح المبيع .

ويكون البيع جزافا ، ولو لو يشمل كل القدر الموجود فى مكان معين ، بأن يرد على حصة شائعة من القمح الموجود فـــى مخـــزن معين [١].

وكذلك يعتبر البيع جزافا ولو ذكر فى العقد مقدار المبيع، إذا لم يكن ذلك بقصد تعيينه ، بل بقصد تحديد الثمن، أو ليكـــون أساســـا لرجوع كل من المتعاقدين على الآخر فى حالـــة وجـــود عجـــز أو

---

(١) محمد شكرى سرور ص ١٢٦ .

زيادة فى هذا المقدار ، وعلى ذلك إذا باع شخص لآخر كل محصول القطن الناتج عن قطعة أرض معينة على أنه مائة قنطار، فإن البيع يعتبر جزافا [(١)].

ومتى كان المبيع المثلى قد تعين بالذات وقت العقد ، كان البيع جزافا بصرف النظر عن طريقة تحديد الثمن . أى سواء كان الثمن قد حدد جملة كبيع كل البيض الموجود فى سلة معينة بعشرة جنيات، أم كان الثمن قد حدد على أساس سعر الوحدة ، وبالتالى كان من اللازم تقدير كمية المبيع لتحديد هذا الثمن لأن الوزن لايلزم لتعيين المبيع إنما لتقدير جملة الثمن فقط . وعلى ذلك فإذا باع شخص لآخر كل ثمار البرتقال التى أنتجتها حديقة معينة بسعر الكيلو جنيه، فإن هذا البيع يكون جزافا ، لأن المبيع قد تعين بذاته وقت العقد وهو أنه البرتقال من حديقة معينة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن الطاعن تعاقد مع المطعون عليها (وزارة المالية) على أن يقوم باستغلال النطرون الجاف بمستنقعات منطقتين رسا مزادهما عليه مقابل ثمن معين ، وعلى أن يدفع للمطعون عليها علاوة على هذا

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٠٩ – محمد لبيب شنب ص ٩٨ ومابعدها– محمد شكرى سرور ص ١٢٧ .

الثمن إتاوة بواقع كذا جنيها عن كل طن يستخرج زاد على ١٥٠٠طن من المنطقة الأولى وألف من المنطقة الثانية ، كما استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية أن المطعون عليها لم تتفق مع الطاعن على حد أدنى لكمية النطرون الذى يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذى رسا به المزاد عليه وأن مقدارى الألف والخمسمائة طن والألف طن لم يردا فى أوراق التعاقد إلا لتحديد الإتاوة التى اشترط على الطاعن دفعها، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمرة أو ريعا للمستنقعات المذكورة لكونه جزءا منها لابد من نفاذه يوما ما ، وحقيقته – مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ " المؤجرة" و" الإيجار" و "المستأجر" – أنه عقد بيع للنطرون لا عقد إيجار للمستنقعات ، والمبيع بموجبه هو عين معينة هى كل النطرون الموجود بالمستنقعات بلا حاجة إلى وزن وثمنه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الإتاوة، وينبى على ذلك اعتباره – وفقا للمادة ٢٤٠ من القانون المدنى القديم – بيعا جزافا ، فهو يقع لازما مهما كان مقدار المبيع أقل مما أمله المشترى " .

(طعن رقم ٦٧ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٢/٦)

٢- " إذا كان البائع قد باع كل القطن الذى فى مخزنه والناتج من زراعاته المعينة فى العقد وقد عاينه المشترى فى المخزن

المودع به كان التكييف الصحيح لهذا البيع أنه بيع جـزاف لا بيـع شئ معين بنوعه ولاينفى عن هذا البيع وصف الجزاف لكون المبيع قد قدر بالعقد تقديرا تقريبيا بمقدار معين قابل للعجـز والزيـادة . ولايكون لهذا التقدير أثر إلا فى مسألة الضمان ".

(طعن رقم ٢٧٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨)

١١٤ـ انتقال الملكية فى البيع جزافا :

تنص المادة ٤٢٩ على أنه إذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية إلى المشترى على النحو الذى تنتقل به فى الشئ المعين بالـذات . ومعنى ذلك أنه فى البيع الجزاف يعتبر المبيع معينا بالذات من وقت العقد ، ويترتب على ذلك أن تنتقل ملكيته إلى المشترى فور العقـد دون حاجة إلى إفراز ، لأن الغرض من الإفراز هو تعيين المبيـع من المثليات بذاتها ، فإذا كان المبيع معينا منذ أول الأمـر بذاتـه ، لاتكون هناك حاجة إلى الإفراز [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- المادة ٥٦٩ من المشروع، تطبيق للقواعد العامة التى سبق تقريرها بشأن آثار الالتزام بنقل حق عينى ، فإن المادة ٢٨٠ مـن المشروع تقرر أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقـل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئا معينـا بالـذات

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٩٨ – اسماعيل غانم ص ١١٢ .

يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل . وتقرر المادة (٢٨١) فقرة أولى أنه إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شئ لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بفرز الشئ ، وتطبيق ذلك فى عقد البيع يؤدى إلى أن البيع ينقل ملكية الشئ المبيع من تلقاء نفسه (مع مراعاة قواعد التسجيل) إذا كان المبيع معينا بالذات ويلحق بالشئ المعين بالذات الشئ المعين جزافا ، فهو شئ معين بالذات مادام لايحتاج فى تحديده إلى تقدير ما (عد أو وزن أو كيل أو مقاس) حتى لو كان هذا التقدير لازما لتحديد الثمن (كأن تباع كمية محدودة من القمح بسعر الأردب) . أما إذا كان المبيع معينا بالنوع لا بالذات ، فلا تنتقل الملكية إلا بالفرز ، أى بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقاس .

٢- ويلاحظ أن المشروع تجنب هنا خطأين وقع فيهما التقنين الحالى ، فقد قرر هذا التقنين أن المبيع المعين بالنوع لايبقى فى ضمان البائع إلا إلى وقت الفرز (م ٣٠٧/٢٤١ مصرى) ، والصحيح أنه يبقى فى ضمان البائع إلى وقت التسليم . وقرر أيضا أن المبيع بالنوع لاتنتقل ملكيته إلا بالتسليم (م٣٣٨/٢٦٨) ، والصحيح أنها تنتقل بالفرز ، حتى لو تم قبل التسليم "[1] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٤٥ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان المبيع جزافا فإن الملكية فيه تنتقل إلـــى المشـــترى بمجرد تمام العقد طبقاً للمواد ٤٢٩ و٢٠٤ و ٩٣٢ مـــن القـــانون المدنى ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع كما يتم تسليم المبيع فيه طبقا للمادة ٤٣٥ بوضعه تحت تصرف المشترى بحيـــث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لـــم يســـتول عليـــه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك " .

(طعن رقم ٢٧٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨)

مادة (٤٣٠)

١- إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢- فإذا كان الثمن يدفع أقساطا ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

٣- وإذا وفيت الأقساط جميعا ، فإن انتقال الملكية إلى المشترى يعتبر مستندا إلى وقت البيع .

٤- وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا .

الشرح

١١٥- اشتراط أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفا على استيفاء الثمن فى البيع مؤجل الثمن :

تجيز الفقرة الأولى من المادة للبائع، إذا كان البيع مؤجل الثمن ، أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التى تبيع سلعها بالتقسيط كالآلات والسيارات والسلع الكهربائية وكالأراضى التى تباع بأثمان

مقسطة ، وفى هذه الحالة تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى معلقة على شرط واقف .

فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أكثر ضمانا من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تجيز المادة أن يشترط البائع ، إذا كان الثمن مؤجلا، أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى كل الثمن ، حتى لو سلم المبيع قبل ذلك . وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التى تبيع سلعها بالتقسيط (كالآلات وعربات النقل وكالأراضى التى تباع بأثمان مقسطة) . فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ من الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت "[1] .

١١٦- الاتفاق على استيفاء البائع جزءا من الثمن المقسط على سبيل التعويض :

تجيز الفقرة الثانية من المادة للمتعاقدين ، إذا كان الثمن يدفع أقساطا أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم يوف المشترى جميع الأقساط ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٤٩ .

ذلك أن الثمن الذى يدفع أقساطا هو بيع مؤجل الثمن ، فإذا تخلف المشترى عن الوفاء بكامل الثمن ، فيكون للبائع حق الفسخ طبقاللقواعد العامة فيسترد المبيع من المشترى إن كان قد سلمه إليه، ويكون للمشترى استعادة ما دفعه من أقساط الثمن . على أن للبائع فى حالة الفسخ لعدم وفاء المشترى الثمن ، الحق فى التعويض طبقا للمادة ١/١٥٧ مدنى التى تنص على أنه : "فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للعاقد الآخر بعد إعذاره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض إن كان له مقتض " .

وقد أجازت المادة أن يشترط البائع إذا ما تخلف المشترى عن الوفاء بكامل الثمن وفسخ العقد تبعا لذلك ، الاحتفاظ بما دفع من أقساط أو بعضها على سبيل التعويض عن الفسخ ، وهذا يعد اتفاقا على شرط جزائى . ولذلك أجاز النص للقاضى تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ مدنى.

والفقرة المذكورة التى يحيل إليها المشرع تتناول سلطة القاضى فى تخفيض الشرط الجزائى ، فتعطى القاضى سلطة التخفيض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه .

والمشرع بذلك يمنع التعسف الذى يقع من البائع بأن يكون البائع قد استوفى أكثر الأقساط ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقى منها، ويحتفظ بكل الأقساط التى استوفاها .

وللبائع أيضا إذا شاء أن يطالب بتنفيذ العقد بدلا من المطالبة بفسخه ، فيقوم بالتنفيذ على أموال المشترى بالباقى من الثمن ويكون له على المبيع حق امتياز البائع [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وتجيز المادة أن يشترط البائع ، فى حالة عدم سداد الأقساط وفسخ البيع تبعا لذلك ، أن يستبقى الأقساط المدفوعة (وهى جزء من الثمن على سبيل التعويض . إلا أن المشروع كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائى ، وأجاز تخفيضه تطبيقا للقواعد التى قررت فى هذا الشأن (م٣٠٢ فقرة ثانية من المشروع) ، حتى يمنع التعسف الذى يقع فى هذه الأحوال . فقد يحدث أن البائع يكون قد استوفى أكثر الأقساط ، ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقى منها ، ويحتفظ بكل الأقساط التى استوفاها . وفى هذا عنت على المشترى ، يستطيع القاضى أن يرفعه إذا خفض الشرط الجزائى ، وقضى بأن يرد البائع بعض هذه الأقساط . وغنى عن البيان أن البائع يستطيع

(١) خميس خضر ص ١١٢ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٢٥٩ ومابعدها .

بدلا من المطالبة بفسخ البيع ، أن يطالب بتنفيذ العقد . فيقتضى من المشترى ما بقى فى ذمته من الأقساط " [١].

١١٧- انتقال الملكية إلى المشترى فى حالة سداد الأقساط مستندة إلى وقت البيع :

البيع مؤجل الثمن هو بيع بات ، ولكن الملكية فيه تنتقل إلى المشترى معلقة على شرط واقف [٢]. ويستبقى البائع ملكية المبيع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٤٩ .

(٢) سليمان مرقس ص ٨٧- وكانت الفقرتان الأولى الثالثة من المادة (٥٧٠) من المشروع التمهيدى (المقابلة للمادة ٤٣٠ من القانون المدنى) وبعد تعديلهما فى لجنة المراجعة تنصان على أن :

"١- إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى الثمن كله ولو تم تسليم المبيع " .

٢- " وإذا وفيت الأقساط جميعا فإن انتقال الملكية إلى المشترى يعتبر عند الشك مستندا إلى وقت البيع " .

إلا أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب رأت- كما ورد بتقريرها- أن نص الفقرة الأولى يوهم " أن الملكية لم تنتقل بتاتا من البائع إلى المشترى .

والواقع أن الملكية تنتقل إلى المشترى معلقة على شرط واقف هو استيفاء الثمن كله ، فعدلت اللجنة النص حتى يؤدى هذا المعنى بوضوح على النحو الآتى :

معلقة على شرط فاسخ ، هو الوفاء بكامل الثمن . ولايمنع من ذلك أن يكون البائع سلم المبيع إلى المشترى ، فالذى انتقل إليه بالتسليم هو حيازة المبيع . أما الملكية فقد انتقلت إليه موقوفة على الوفاء بكامل الثمن .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى نص المادة ١/٤٣٠، ٣ من القانون المدنى أن البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية هو بيع بات تام وأن تراخى تنفيذ الالتزام بنقل الملكية إلى حين سداد كامل الثمن فهو ليس بيعاً موقوفاً على شرط سداد الثمن وإنما المعلق على هذا الشرط هو انتقال الملكية فقط ومن ثم ينتج العقد كافة آثار البيع فإذا تم سداد كامل الثمن تحقق الشرط الموقوف عليه تنفيذ الالتزام بنقل الملكية ومن ثم انتقلت إلى المشترى بأثر رجعى من وقت البيع " .

(طعن رقم ٤٦٠٩ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/٧/٥)

" إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع " .
وحذفت من الفقرة الثالثة عبارة " عند الشك " حتى يكون العقد قاطعا فى أن انتقال الملكية يستند دائما إلى وقت البيع ، فأصبح النص كما يأتى:
" وإذا وفيت الأقساط جميعا فإن انتقال الملكية إلى المشترى يعتبر مستندا إلى وقت البيع " .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٥١) .

وإذا أوفى المشترى بكامل الثمن فإن الشرط الواقف يكون قد تحقق ، ويصير المشترى مالكا للمبيع وثمراته منذ وقت العقد . وزالت عن البائع ملكيته للمبيع بأثر رجعى [١].

وكون الملكية معلقة على شرط واقف لايمنع المشترى من أن ينصرف فى هذه الملكية الموقوفة ، ويكون تصرفه هو أيضا معلق على شرط واقف .

وإذا كان المبيع منقولا- كما هو الغالب- وتصرف فيه المشترى تصرفا باتا لمشتر حسن النية لايعلم أن ملكية المشترى معلقة على شرط واقف ، فإن المشترى من المشترى يكون قد تملكه ملكية تامة بموجب الحيازة .

ولايعتبر المشترى فى هذه الحالة مبددا ، فالتبديد يقتضى قيام عقد من العقود المبينة بالمادة ٣٤١ من قانون العقوبات ، وهى عقود : الوديعة والإجارة وعارية الاستعمال والرهن والوكالة بأجرة أو مجانا بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره .

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ص٥٠.

١١٨- عدم الإخلال فى انتقال الملكية بالقواعد المتعلقة بالتسجيل فى المواد العقارية :

الملكية والحقوق العينية الأخرى – كما رأينا- لاتنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالتسجيل .

ومن ثم فإن ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٤٣٠ من القانون المدنى من أن انتقال ملكية المبيع إلى المشترى فى حالة الوفاء بأقساط الثمن المؤجلة يعتبر مستندا إلى وقت البيع إنما يشترط لإعماله عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل فى الملكية والحقوق العينية الأخرى . إذ رغم سداد كامل الثمن يتوقف نقل الملكية فى هذه الحقوق على تسجيل العقد ، فإذا ما سجل العقد انتقلت الملكية إلى المشترى من تاريخ التسجيل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٤٣٠ من القانون من أن انتقال ملكية المبيع إلى المشترى فى حالة الوفاء بأقساط الثمن المؤجلة يعتبر مستندا إلى وقت البيع إنما يشترط لإعماله عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل ، وإذ كانت الملكية- فى المواد العقارية- والحقوق العينية الأخرى لاتنتقل سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالتسجيل وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف ولا يكون للمتصرف إليه ما بين تاريخ التعاقد

إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حـق فيهـا وكان الثابت أن الطاعنين لم يسجلا عقد شرائهما لـلأرض محـل النزاع إلا بتاريخ ١٩٧١/٣/٣٠ فإن الملكية لاتنتقل إليهم إلا منذ هذا التاريخ ويكون الحكم وقد التزم هذا النظر موافقاً لصحيح القانون" .

(طعن رقم ١١٩٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/٢/١)

١١٩ـ سريان أحكام المادة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا :

ورد بالمادة ٤٣٠ حكم أخير فى فقرتهـا الرابعـة مقتضـاه أن أحكام الفقرات الثلاث السابقة تسرى حتى ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا وقد حسم المشرع بهذا النص إشكالا ، إذ جـرت العـادة أن البيع الذى يبرم على النحو السابق يسميه المتعاقدان إيجارا إمعانـا من البائع فى ضمان حقه ، إذ هو بذلك يسـتوفى الأقسـاط أجـرة لاثمنا، وإذا ما تصرف المشترى فى البيع عد هذا تبديـدا . فـأقر المشروع الأمور فى نصابها وسمى الأشياء بأسمائها حتـى ولـو سميت باسم آخر . فهذا العقد يجب اعتباره بيعا لا إيجارا .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد حسم المشروع إشكالا بإيراده هذا النص . فقـد جـرت العادة أن البيع الذى يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجـارا إمعاناً من البائع فى ضمان حقه ، إذ هو بذلك يسـتوفى الأقسـاط أجرة لاثمنا ، وإذا ما تصرف المشترى فى المبيع عد هذا منه تبديدا

فأقر المشروع لأمور فى نصابها وسمى الأشياء بأسمائها حتى لو سميت باسم آخر ، فهذا العقد بيع لا إيجارا ، ويعتبر معلقا على شرط واقف هو سداد الأقساط جميعها . فإذا ما سددت انتقلت الملكية إلى المشترى منسحبة إلى وقت البيع "[١].

١٢٠- تنظيم البيوع التجارية بالتقسيط :

ينظم قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ البيوع التجارية بالتقسيط بالفرع الثانى (أحكام خاصة ببعض أنواع البيوع التجارية) من الفصل الثانى (البيع التجارى) من الباب الثانى (الالتزامات والعقود التجارية) .

وتنص المادة (١٠٤) الواردة بالفرع الثالث على أن :"تسرى أحكام هذا الفرع إذا كان عقد البيع تجاريا بالنسبة إلى طرفيه أو إلى أحدهما فقط ". ومعنى ذلك أن أحكام البيع بالتقسيط التى نظمت فى هذا الفرع- كما سنرى- تسرى على عقود البيع ، سواء كان العقد تجاريا بالنسبة إلى طرفيه وهو العقد الذى يبرم بين تاجرين أو كان تجاريا بالنسبة إلى أحد طرفيه فقط . وهو ما يسمى بالعقد المختلط، والذى يعتبر بالنسبة للبائع عملا تجاريا وبالنسبة للمشترى عملا مدنيا .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٤٩ ومابعدها .

ويعتبر النص بالنسبة للعقود المختلطة استثناء من الأصل المنصوص عليه بالمادة الثالثة من قانون التجارة الجديد التى تقضى بأنه إذا كان العقد تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه ، فلا تسرى أحكام القانون التجارى إلا على التزامات هذا الطرف وحده ، وتسرى على التزامات الطرف الآخر أحكام "القانون المدنى . وهو استثناء أجازة عجز المادة بقولها : "ما لم ينص القانون على غير ذلك" .

وقد حدا المشرع إلى هذا الاستثناء ما رأه من توحيد الأحكام القانونية التى تسرى على طرفى العقد بغض النظر عن الأطراف أو صفه المتعاقدين مسايرة لما يجرى عليه العمل فى القانون المقارن ، بقصد تبسيط هذه الأحكام لتسرى على هذا العقد بغض النظر عن أطرافه (١).

ولما كان هذا النص استثناء فلا يجوز التوسع فى تفسيره ويقتصر تطبيقه على العقود المنصوص عليها فى الفرع المذكور فقط .

---

(١) رد الحكومة على تساؤل إليه العضو الدكتور زكريا عزمى - حال مناقشة المادة بمجلس الشعب - بجلسة ٢/١٧ ١٩٩٨ عن سبب خضوع هذا النوع من البيوع التجارية للأحكام التجارية بصرف النظر عن صفة أحد المتعاقدين رغم أن المادة ٨٨ تنص على أن الأحكام العامة فى البيع التجارى لاتسرى إلا على عقود البيع التى يبرمها التجار فيما بينهم .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد أنه :

" استهل المشروع هذا الفرع بنص المادة ١٠٤ التى تحدد نطاق تطبيق الأحكام الواردة فيه حيث لاتطبق إلا إذا كان عقد البيع تجاريا بالنسبة لطرفيه أو أحدهما " .

أحكام المواد ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١٠٧ من قانون التجارة الجديد الخاصة بالبيع بالتقسيط :

١٢١ـ نصوص المواد :

مادة (١٠٥) :

١- إذا لم يدفع المشترى أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ خمسة وسبعين فى المائة من التزاماته .

٢- وفى حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد البائع الأقساط التى قبضها بعد استنزال ما يعادل أجرة الانتفاع بالمبيع بالإضافة إلى تعويض عن التلف الذى لحقه بسبب الاستعمال غير العادى. ويقع باطلا كل اتفاق على تحميل المشترى التزامات أشد من ذلك .

٣- الاتفاق على حلول الثمن بأكمله عند عدم دفع أحد الأقساط فى ميعاد استحقاقه لايكون نافذا إلا إذا تخلف المشترى عن دفع قسطين متتاليين على الأقل .

مادة (١٠٦) :

١- إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها اكتسب المشترى هذه الملكية بأداء القسط الأخير . ويتحمل المشترى تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه .

٢- مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها فى باب الإفلاس لايكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً فى ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التى يتخذها الدائنون على المبيع(١) .

مادة (١٠٧) :

١- لايجوز للمشترى التصرف فى المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع وكل تصرف يجريه المشترى بالمخالفة لهذا الحكم لايكون نافذا فى حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله .

٢- للبائع عند تصرف المشترى فى المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها وبغير إذن منه أن يطالب المشترى بأداء الأقساط الباقية فوراً .

٣- يعاقب المشترى عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى بالحبس مدة لاتجاوز ستة أشهر وبغرامة لاتجاوز ٥٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين . ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨ مكررا (أ) من قانون الإجراءات الجنائية(٢) .

---

(١) وهذه المادة تكلمها المادتان ٣/٤٣٠، ٤٦٠ مدنى .

(٢) شرح هذه المواد الذى سيلى مستمد من مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الثالث .

وتأمر النيابة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتا .

١٢٢- الفرق بين البيع بالأجل والبيع بالتقسيط :

البيع بالأجل هو البيع الذى يتفق فيه المتعاقدان على تأجيل الوفاء بالثمن كله مده معينة .

أما البيع بالتقسيط فهو البيع الذى يتفق فيه على أداء الثمن على أقساط دورية شهرية أو سنوية مثلا . والبيع بالأجل يجرى غالبا بين التجار ، على حين أن البيع بالتقسيط عادة يقع بين التاجر والمستهلك . والقصد من البيع بالأجل هو التيسير على التاجر المشترى ، على حين أن القصد من البيع بالتقسيط هو التيسر على المستهلك ، وإن كان نوعا البيع يحققان مصلحة البائع، إذ يتمكن من تصريف بضائعه بصورة أفضل .

وقد يشترط الأجل لمصلحة الطرفين ، كما إذا اتفقا على فوائد تستحق عن الثمن ، فلا يجوز عندئذ للمشترى أن يرغم البائع على قبول الوفاء قبل حلول الأجل . وقد يشترط الأجل لمصلحة المشترى وحده ، فيكون له عندئذ أن يقوم بأداء الثمن قبل حلول الأجل متى تيسر له الوفاء . وكثيرا ما يتفق على خصم جزء من الثمن إذا عجل المشترى الوفاء به قبل حلول الأجل المتفق عليه ، ويكون القدر المخصوم نظير التعجيل بالوفاء . وقد يستقر العرف على هذا الخصم ، فيجب عندئذ القضاء به ولو لم يتفق عليه الطرفان صراحة.

١٢٣ـ تنظيم البيع بالتقسيط :

نظم البيع بالتقسيط القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ (المعدل) فى شأن بعض البيوع التجارية فى الباب الثالث منه (المواد ٣٦-٤٢) وبمادة واحدة فى الباب الرابع – الفصل الأول الخاص بالجزاءات هى المادة ٤٥[١].

---

(١) وتورد هذه المواد فيما يلى :

الباب الثالث

فى البيع بالتقسيط

مادة ٣٦- (معدلة بالقانون رقم ٢١٨ لسنة ١٩٦٠) – يجب على من يزاول عمليات البيع بالتقسيط للعروض وغيرها من المنقولات المادية ألا يقل رأس ماله عن ثلاثة آلاف جنيه وأن يثبت فى كل وقت أن رأسماله العامل لايقل عن هذا المبلغ .

مادة ٣٧- يجب على البائع بالتقسيط – عند التسليم – أن يستوفى نقدا من المشترى (٢٠%) على الأقل من ثمن السلعة المبيعة بالتقسيط ، كما يجب ألا يقل القسط عن جنيه شهريا .

ولايجوز أن تزيد مدة تقسيط المتبقى من ثمن البيع على سنتين من تاريخ عقد البيع .

مادة ٣٨- لوزير التجارة بالاتفاق مع وزير المالية والاقتصاد إصدار قرار بتعديل مدة وشروط التقسيط الواردة بالمادة السابقة أو استثناء بعض الأشياء المبيعة من حكم المادة المذكورة .

مادة ٣٩- يجب أن يكون عقد البيع محررا من نسختين أصليتين ، وأن توضح فيه البيانات الآتية :

(١) الاسم التجارى للبائع وعنوان متجره ورقم قيده بالسجل التجارى.

(٢) اسم المشترى ولقبه وجنسيته ومهنته ومحل إقامته .

(٣) المواصفات التى تعين ذاتية السلعة المبيعة .

(٤) مقدار الثمن ، وما أدى منه نقدا والمؤجل .

(٥) مدة التقسيط ، ومقدار كل قسط ، وميعاده .

(٦) شروط الوفاء بالثمن .

(٧) أى بيان آخر يصدر به قرار من وزير التجارة .

ويجب أن يسلم البائع إحدى نسختى العقد للمشترى ، وأن يحتفظ بالنسخة الثانية خلال المدة المنصوص عليها فى المادة ٧ من القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣المشار إليه .

مادة ٤٠- تؤدى الأقساط فى محل إقامة البائع المبين فى عقد البيع ما لم يتفق على غير ذلك ، على أنه فى حالة القيام بتحصيل الأقساط فى محل إقامة المشترى لايجوز للبائع اقتضاء أية مصروفات إضافية وتعتبر المخالصة عن أى قسط مخالصة عن الأقساط السابقة عليه .

مادة ٤١- يجب على من يزاول عمليات البيع بالتقسيط للعروض وغيرها من المنقولات المادية .

(١) أن يمسك سجلا خاصا لقيد هذه العمليات وفقاً للنموذج الذى تقرره وزارة التجارة ، ويجب ترقيم صفحات هذا السجل ويؤشر عليه من وزارة التجارة أو من المكاتب التابعة لهاوذلك بغير مصروفات .

(٢) أن يمسك حسابا منظما بالإيرادات والمصروفات التى تتعلق بهذه العمليات وتجب مراجعة هذا الحساب سنويا بمعرفة مراجع مقيد فى السجل العام للمحاسبين والمراجعين وفقا للقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٥١ المشار إليه .

ويتعلق هذا التنظيم بالبيع بالتقسيط الذى يقع على منقولات مادية دون البيع الذى يرد على منقولات معنوية ، فلا يسرى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ (المعدل) على بيع الأوراق المالية بالتقسيط أو بيع المحال التجارية بالتقسيط ، كما لايسرى على بيع العقارات .

١٢٤ـ عدم فسخ عقد البيع بالتقسيط إذا دفع المشترى خمسة وسبعين فى المائة من التزاماته :

نقضى القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ١٥٧ مدنى أنه فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو

مادة ٤٢- يحظر على المشترى - بدون إذن سابق من البائع- أن يتصرف بأى نوع من أنواع التصرفات فى السلعة موضوع التقسيط قبل الوفاء بثمنها .

الباب الرابع

أحكام عامة ووقتية

الفصل الأول

فى الجزاءات

....

مادة ٤٥- مع عدم الإخلال بعقوبة أشد ينص عليها قانونا ، يعاقب كل مخالف لأحكام المواد من (٣٣) إلى (٣٧) ومن (٣٩) إلى (٤٢) بالحبس مدة لاتزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لاتجاوز مائة جنيه أو لأحدى هاتين العقوبتين .

بفسخه، مع التعويض فى الحالتين إن كان لــه مقــتض . ويجــوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليــل الأهميــة بالنسبة إلى الالتزام فى جملته .

إلا أن الفقرة الأولى من المادة (١٠٥) من قانون التجارة الجديد خرجت على هذه القواعد العامة ونصت على أنه : " إذا لــم يــدفع المشترى أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ خمسة وسبعين فى المائة من التزاماته " .

وكان نص الفقرة كما وردت بالمشروع المقدم مــن الحكومــة وأقرته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب تنص على أنــه : " إذا لــم يدفع المشتري أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفســخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ الجزء الأكبر من التزاماتــه " إلا أنهــا عدلت على النحو الراهن أثناء مناقشة المادة بمجلس الشعب .

ومن ثم فإن هذا النص يكون قد قيد سلطة القاضى التقديرية فى الفسخ فلا يملك القاضى فى حالة تخلف المشترى عن الوفاء ببعض أقساط الثمن المتفق عليه ، أن يقضى بفســخ العقــد ، إلا إذا كــان مجموع الأقساط التى لم تسدد لاتجاوز ٢٥% من قيمــة الأقســاط جميعها .

ولعل النص قبل تعديله كان يحقق مرونة للقاضى عند القضاء بالفسخ ، ومن شأنه التقليل من حالات الفسخ فى عقود البيع بالتقسيط وهو ما يتمشى مع الاتجاه العام فى التشريع التجارى فى التضييق من حالات الفسخ ، ذلك أن الالتزام بنسبة ثابتة قد يكون غير ملائم فى بعض الأنزعة التى تعرض على القاضى ولايخلو من عسف .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد أنه :

" وتولت المواد من ١٠٥ إلى ١١٧ تنظيم بعض أحكام البيع بالتقسيط وهى أحكام تقوم فى مجملها على حماية الطرف الضعيف فى العقد وهو المشترى بالتقسيط دون الإخلال بالمصالح المشروعة للبائع .

ومن القواعد التى تهدف إلى حماية المشترى ما تنص عليه المادة ١٠٥ من أنه لايجوز الحكم بفسخ البيع إذا تخلف المشترى عن دفع أحد أقساط الثمن إذا تبين أنه قام بتنفيذ الجزء الأكبر من التزاماته ... الخ " .

١٢٥ـ آثار فسخ عقد البيع بالتقسيط :

تقضى القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ١٦٠ مدنى أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل

العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض ، فإذا كان العقد بيعا وفسخ أعاد المشترى المبيع إلى البائع وأعاد البائع ما قبضه من ثمن إلى المشترى .

إلا أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٥ من قانون التجارة الجديد خرجت على هذا الأصل ونصت على أنه فى حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد البائع الأقساط التى قبضها بعد استنزال ما يعادل أجرة الانتفاع بالمبيع بالإضافة إلى تعويض عن التلف الذى لحقه بسبب الاستعمال غير العادى .

ويقع باطلا كل اتفاق على تحميل المشترى التزامات أشد من ذلك .

١٢٦- الاتفاق على حلول الثمن عند عدم دفع أحد الأقساط :

نصت الفقرة الثالثة من المادة على أن اتفاق المتعاقدين على حلول الثمن بأكمله عند عدم دفع أحد الأقساط فى ميعاد استحقاقه لايكون نافذا إلا إذا تخلف المشترى عن دفع قسطين متتاليين على الأقل .

وفى هذا النص مخالفة للقواعد العامة .

١٢٧- القاعدة أنه لا أثر لتقسيط الثمن أو تأجيله على انتقال الملكية :

القاعدة أن تقسيط الثمن أو تأجيله لا أثر له على انتقال ملكية المبيع إلى المشترى بمجرد التعاقد وفقا للقواعد العامة . ولذلك إذا

أفلس المشترى أو أعسر قبل الوفاء بالثمن كله أو كل الأقساط ، فإن مصالح البائع تتعرض لخطر حقيقى . كذلك يحق طبقاً للقواعد العامة للمشترى بصفته مالكا أن يتطرف فى المبيع إلى شخص حسن النية يسلمه إياه ، فيتمسك هذا الأخير فى مواجهة البائع بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية فيفقد البائع ضمانه على المبيع .

١٢٨ـ إجازة اشتراط البائع الاحتفاظ بالملكية حتى سداد الثمن :

رأينا فيما سلف أن الفقرة الأولى من المادة ٤٣٠ من القانون المدنى تنص على أنه : " إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع " .

ومفاد هذا النص أن شرط احتفاظ البائع بملكية المبيع حتى وفاء المشترى بالثمن كله شرط صحيح .

ويترتب عليه أنه لايجوز لدائنى المشترى التنفيذ على الشئ المبيع لأنه ليس مملوكا لمدينهم ، وإن انتقلت الحيازة للمشترى .

إلا أنه ذهب رأى فى ظل قانون التجارة القديم إلى أن البيع فى هذه الحالة يعتبر معلقا على شرط واقف هو الوفاء بكامل الثمن، فإذا

تحقق الشرط ووفيت الأقساط جميعا ، انتقلت الملكية إلى المشــترى بأثر رجعى فيعتبر كما لو كان مالكا للمبيع منذ وقوع البيع [١].

بينما ذهب رأى آخر إلى أن البيع فى هذه الحالة يعتبــر باتــا ولكن نقل الملكية ، وهو أثر من آثار البيع هو الذى يتراخى حتــى الوفاء بالثمن كله فإذا تم دفع الثمن بالكامل فإن انتقال الملكية إلــى المشترى يعتبر مستندا إلى وقت البيع [٢].

أما فى قانون التجارة الجديد – فقد نصت الفقرة الأولــى مــن المادة (١٠٦) منه على أنه إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها اكتسب المشترى هذه الملكيــة بــأداء القســط الأخير .

ومعنى ذلك أن هذا النص أجاز احتفاظ البائع بملكية المبيع فــى البيع بالتقسيط تمشيا مع القواعد العامة .

ولكنه حسم الخلاف الذى دار فى الفقه حول تاريخ انتقال الملكية فى حالة الاحتفاظ بها للبائع حتى سداد الثمن، ونص على أن الملكية تنتقل من تاريخ أداء القسط الأخير .

---

(١) الدكتور محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى المصــرى الجــز الثانى الطبعة الثالثة ١٩٥٧ ص ٢٣ .

(٢) الدكتور محمود سمير الشرقاوى القانون التجارى الجزء الثــانى ١٩٨١ ص ٣٣ .

١٢٩- تحمل المشترى تبعة هلاك المبيع :

المقصود بتحمل تبعة هلاك المبيع تحمل الخسارة دون حق الرجوع على الغير فى هذا الصدد، فتحمل الشئ هو الخسارة التى تتمثل فى ضياع قيمة الشئ بهلاكه دون أن يكون لمن يتحملها أن يرجع على الطرف الآخر بشئ مقابل ذلك .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١٠٦) فى عجزها على أن يتحمل المشترى تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه . فقد ربط النص تحمل التبعة بتسليم المبيع لا بانتقال الملكية ، فطالما تسلم المشترى المبيع فإن تبعة هلاكه تكون عليه .

وهذا يتفق والقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٤٣٧ مدنى التى تجرى على أن: " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع " . والتى جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى أنه :

" وبتبين من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية فلو هلك المبيع قبل التسليم وقبل تسجيل البيع كان هلاكه على البائع كما قدمنا ، أما بعد التسليم وبعد تسجيل البيع فهلاكه على المشترى " .

١٣٠- نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على الغير إذا كان له تاريخ ثابت سابق :

جرى القضاء فى ظل قانون التجارة القديم على عدم إجازة الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية على الدائنين فى حالة إفلاس المشترى استنادا إلى تعويلهم على المبيع كعنصر من عناصر ضمانهم العام ، ومن ثم لايجيز للبائع الدحول فى التفليسة بصفه مالكا مستردا وإنما يجوز له الدخول فيها باعتباره دائنا عاديا يخضع لقسمة الغرماء (١).

وقد تأثر المشرع فى قانون التجارة الجديد- جزئيا- بهذا القضاء فنص فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٦ على أنه مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها فى باب الإفلاس لايكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذا على الغير إلا إذا كان الشرط مدونا فى ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التى يتخذها الدائنون على المبيع . فقد اشترط النص لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على الغير ما يأتى :

---

(١) محسن شفيق ص ٢٢ .

١- أن يكون هذا الشرط مدونا فى ورقة .

٢- أن يكون للورقة تاريخ ثابت .

٣- أن يكون التاريخ الثابت سابقاً على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التى يتخذها الدائنون على المبيع .

ويثبت التاريخ بإحدى الطرق المنصوص عليها بالمادة ١٥ من قانون الإثبات وهى :

(أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك .

(ب) من يوم أن يثبت مضمونه فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ.

(ج) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص .

(و) من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه .

(هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه .

١٣١- شرط تصرف المشترى فى المبيع قبل أداء كامل الثمن:

اشترطت الفقرة الأولى من المادة لتصرف المشترى فى المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها أن يكون هناك إذن مكتوب من البائع ، فلا يكفى لذلك الإذن الشفوى من المالك .

ويسرى هذا الشرط على كافة التصرفات ، سواء كانت بيعا أو مقايضة أو رهنا وهذا الشرط قصد به حماية مصالح البائع[١].

جـزاء مخالفة شــرط التصرف فى المبيع قبـل أداء كامـل الثمن :

١٣٢ـ (أ) ـ جـزاء مـدنى :

١- كل تصرف يجريه المشترى بالمخالفة للشروط المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة والتى ذكرناها فيما سلف ، لايكـون نافذا فى حق البائع إذا أثبت علم المتصـرف إليـه وقـت إجـراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله لأن المتصرف إليه يكون فى هـذه الحالة سئ النية ولايكون جديرا بالحمايـة ، أمـا إذا كـان علـم المتصرف إليه بعدم أداء الثمن بأكمله لاحقا للتصرف فإن التصرف يسرى فى حق البائع .

ويقع على عاتق البائع إثبات علم المتصرف إليه وقت إجـراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله .

٢- أجازت الفقرة الثانية من المادة عند تصرف المشترى فـى المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها وبغيـر إذن مكتـوب منـه أن يطالب المشترى بأداء الأقساط الباقية فورا ، فهذا التصرف يسـقط الأجل .

---

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد .

والفقرتان الأولى والثانية من المادة تعتبران تطويرا للمادة ٤٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ فى شأن بعض البيوع التجارية التى لاتشترط أن يكون إذن البائع مكتوبا ، كما أن الملاحظ أن القانون المذكور كان لايضع أى جزاء مدنى على إخلال المشترى بالتزامه بعدم التصرف فى الشئ المبيع مكتفيا بتوقيع عقوبة جنائية(١).

١٣٣- (ب) جزاء جنائى :

وضعت الفقرة الثالثة من المادة جزاء جنائيا يوقع على المشترى عند مخالفة شروط التصرف فى المبيع قبل أداء كامل الثمن إذ نصت على أن :

يعاقب المشترى عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى بالحبس مدة لاتجاوز ستة شهور وبغرامة لاتجاوز ٥٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين .

ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨ مكررا (أ) من قانون الإجراءات الجنائية .

وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتا .

ويشترط لوقوع هذه الجريمة توافر الشروط الآتية :

---

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد .

١- أن يتصرف المشترى فى المبيع الذى اشتراه بالتقسيط بأى تصرف من التصرفات ولو لم يكن التصرف ناقلا للملكية ، فكما يجوز أن يكون التصرف الصادر من المشترى بيعا أو مقايضة أو هبة ، يجوز أن يكون رهنا .

ولايشترط وجود قصد جنائى خاص لدى المشترى ، بأن يكون قد قصد من التصرف الإضرار بالبائع ، فيكفى فى هذه الجريمة القصد الجنائى العام .

٢-أن يتصرف المشترى فى المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها. ولاينال من توافر هذا الشرط الوفاء اللاحق للتصرف الذى صدر من المشترى .

٣- أن يكون التصرف فى السلعة بدون إذن مكتوب من البائع، فلا ينفى الجريمة الادعاء بوجود إذن شفوى ، كما يجب أن يكون الإذن سابقا على التصرف ، ولايجدى المشترى الإذن الكتوب اللاحق.

والجزاء الجنائى المنصوص عليه بالمادة هو الحبس مدة لاتجاوز ستة أشهر وغرامة لاتجاوز خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين .

فالجريمة تشكل جنحة والقضاء بالحبس فيها جوازى للمحكمة .

ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨ مكررا (أ) من قانون الإجراءات الجنائية .

والمادة المذكورة مضافة إلى قانون الإجراءات الجنائية بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتعديل بعض أحكـــام قـــانون الإجــراءات الجنائية وقانون العقوبات . وتنص على أن :

" للمجنى عليه – ولوكيله الخاص– فى الجنح المنصوص عليها فى المواد ٢٤١ (فقرتان أولى وثانية) ،٢٤٢ (فقرات أولى وثانيـــة وثالثة) ، ٢٤٤ (فقرة أولى) ، ٢٦٥، ٣٢١ مكـــررا، ٣٢٣ ، ٣٢٣ مكررا ، ٣٢٣ مكررا أولاً ، ٣٢٤ مكــررا ، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٥٤، ٣٥٨، ٣٦٠، ٣٦١ (فقرتان أولى وثانيـــة) ، ٣٦٩ مـــن قـــانون العقوبات، وفى الأحوال الأخرى التى ينص عليهـــا القـــانون ، أن يطلب إلى النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال إثبات صــــلحه مع المتهم .

ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولوكانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر ، ولا أثر للصلح على حقوق المضرور من الجريمة " .

ونصت المادة ١٠٧ من قانون التجارة الجديد فى عجزها علـــى أنه : " وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثنــــاء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتا " .

مـادة (٤٣١)

يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كـان عليهـا وقت البيع .

الشــرح

١٢٤- تسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع :

التزام البائع بتسليم المبيع للمشترى من مقتضيات عقد البيــع ، ويترتب هذا الالتزام من العقد نفسه ، ولو لم ينص عليه فيه ، ما لم يتفق الطرفان على تأجيل التسليم .

ويسرى هذا الالتزام ولو كان المبيع عقارا ، ذلــك أن التســليم لايرتبط بانتقال الملكية .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن التزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع، بل هو أهم التزامات البائع التى تترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه " .

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/٣)

٢- "إن نص المادة الثامنة من لائحـــة بيــع أراضــى بلديــة الاسكندرية وإن لم يكن فى عبارته إلزام البلدية بتسـليم المبيــع أو التزامها به إلا أنه لا يدع شكا فى أن التسليم من التزامات البائع، إذ

أن عبارة هذا النص شبيهة بعبارة نص المادة الخامسة من اللائحة المذكورة ، والمفهوم من مجموع النصين أن الميعاد الذى أعطى للمشترى لدفع ثلث الثمن هو بعينه الميعاد الذى أعطى للبائع لتسليم المبيع ، فهما متماسكان تمام التماسك . فإذا كانت أرض البلدية التى رسا مزادها على المشترى ودفع ثلث الثمن فى الخمسة الأيام التالية لرسو المزاد قد تأخر تسليمها إليه لخلاف بينه وبين المجلس فى شأن هذا التسليم ثم سوى هذا الخلاف ببيع بعض أجزاء أخرى للمشترى مجاورة للأرض المبيعة له أولاً وتم تسليم كل ما بيع من الأرض فى تاريخ معين ، فإن ميعاد استحقاق القسط الأول من باقى الثمن يبدأ من هذا التاريخ الذى حصل فيه تسليم الأرض بمساحتها الأخيرة لا من اليوم الخامس من رسو المزاد كما هو نص المادة الخامسة السالفة الذكر " .

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/٣)

٣- " عقد البيع غير المسجل وإن كان لايترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع ، ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشترى ، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار " .

(طعن رقم ٢٤٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٨)

٤-" متى كان الثابت أن الطاعن تمسك فى دفاعه بأنه لايحــق للمطعون ضدهم طلب فسخ العقد طالما أنهم لــم ينفــذوا التــزامهم بتسليمه الأرض المبيعة وتمكينه من وضع يده عليها ، وأن من حقه إزاء ذلك أن يقف تنفيذ التزامه بباقى الثمن حتى يــوفى المطعــون ضدهم من التزامهم بالتسليم ، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفــى بالرد على ذلك بأن العقد قد خلا من ترتيب أى التزام على عــاتق المطعون ضدهم من حيث تسليم الأرض المبيعة وتمكين الطــاعن من وضع يده عليها ، فإن ذلك من الحكم خطأ فى القانون ، ذلك أن الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التى تقع على عــاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تمــام العقد ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ".

(طعن رقم ٦ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨)

٥- " المقرر أن البيع غير المسجل وإن كان لايترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزامــا بتسليم المبيع مما مؤداه أن يصبح المبيع فى حيازة المشترى ويكون له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل القرار، كما تنتقل إليه جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والــدعاوى المرتبطــة به".

(طعن رقم ١٨٣٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٥/٣)

٦- " المقرر وفقا لنص المادة ٤٣١ من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الالتزام بالتسليم من الالتزامات الأصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد وهو واجب النفاذ بمجرد تمام البيع ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ".

(طعن رقم ١٠٨٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢١)

٧- " يشترط طبقا للمادة ٢٠٣ من القانون المدنى لإجبار المدين البائع على تنفيذ التزامه بتسليم العين المبيعة إلى المشترى أن يكون هذا التسليم ممكنا فإذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقا قانونيا استحال الوفاء بهذا الالتزام عينا للمشترى الأول ".

(طعن رقم ٥٢٫٩ لسنة٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٦)

٨- " مناط التزام البائع بتسليم العين المبيعة تسليما فعليا إلى المشترى أن يكون البائع حائزها الفعلى بوصفه مالكا لها أو أن يتفق المتبايعان على هذا التسليم الفعلى فى عقد البيع أو فى اتفاق لاحق عليه " .

(طعن رقم ٦٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨)

٩- " المقرر فى قضاء محكمة النقض أن مناط التزام البائع بتسليم العين المبيعة تسليماً فعلياً إلى المشترى أن يكون البائع هو

حائزها الفعلى بوصفه مالكاً لها أو أن يتفق المتبايعان على هذا التسليم الفعلى فى عقد البيع أو فى اتفاق لاحق عليه " .

(طعن رقم ٩٣٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٩)

١٣٥ـ التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت العقد :

يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت العقد .

فالبائع يلتزم أولاً بأن يسلم ذات المبيع المتفق عليه فلا يجوز أن يسلم شيئا آخر غير المتفق عليه .

ويلتزم ثانيا بأن يسلم المبيع بحالته التى كان عليها وقت إبرام العقد .

والمشترى – كما قدمنا– المفروض فيه أن يكون قد رأى البيع أو علم به علما كافيا ، كما أن القواعد العامة تقضى بالتزام البائع بأن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشئ المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشئ كأن يعين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف ، ومشتملات العين ودرجة جودتها ، ونحو ذلك من الأمور التى يكون من شأنها تعيين حالة المبيع[١] .

---

(١) السنهورى ص ٥٦٠ .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص برقم (٥٧٣) يقضى بذلك إذ جرى على أن : " يلتزم البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشئ المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشئ إلا أن لجنة المراجعة قررت حذف هذه المادة " لأنها مستفادة من القواعد العامة "[١].

أما إذا كان المبيع من المثليات فقد تكفلت المادة ١٣٣ مدنى كما رأينا ببيان الحكم فى هذه الحالة .

(راجع شرح المادة المذكورة) .

---

(١) وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذه المادة ما يأتى :

" هذه النصوص (م٥٧١-٥٧٣) تحدد التزام البائع بالتسليم . فالبائع يلتزم بتسليم الشئ المبيع بالحالة التى كان عليها وقت البيع ، والمفروض أنه رآه أو علم به علما كافيا كما قدمنا . هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره ، كأن يشترط المشترى تسليم المبيع فى حالة جيدة . وعلى البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشئ المبيع ، كأن يبين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف ، وعليه أن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بالمبيع ، كمستندات الملكية ، والعقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى فى حق المشترى ، وصورة من المستندات التى يستبقيها لتضمنها حقوقا أخرى غير حق المشترى .. الخ، ولايوجد فى التقنين الحالى نظير للمادتين ٥٧١ ، ٥٧٣ من المشروع" (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٥٢ ومابعدها ، ص٥٥ هامش (١)) .

ويؤدى هذا الالتزام إلى التزام آخر يقع على عاتق البائع هو أن يحافظ على هذا الشئ حتى يسلمه بحالته إلى المشترى .

وتسلم المشترى الشئ المبيع دون أن يعترض خلال مدة معقولة يفترض فيه أنه عاين الشئ وارتضاه ، ومعناه تسلمه الشئ بالحالة التى كان عليها وقت البيع ، فليس له بعد ذلك الادعاء بأن الشئ سلم فى غير الحالة التى كان عليها وقت التعاقد .

وإذا تلف المبيع أو تغيرت حالته جاز للمشترى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه عينا إذا كان ذلك ممكنا . فإذا تعذر التنفيذ العينى كان للمشترى المطالبة بالفسخ مع التعويض أو بدونه [1].

والبائع مسئول عن أى تغير يلحق بالمبيع طالما كان هذا التغيير ضارا بالبائع ، سواء كان التغيير بخطئه أو بفعله أو بفعل الغير .

وسنرى أنه إذا هلك المبيع هلاكا كليا أو هلاكا جزئيا قبل التسليم ، فإن تبعة الهلاك أو التلف تكون على البائع .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " النص فى المادة ٤٣١ من القانون المدنى على أن " يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع" . يدل على أن محل التزام البائع بتسليم العين المبيعة إلى المشترى

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٨٦ ومابعدها – الدكتور سعيد عبد السلام الوجيز فى العقود المدنية المسماة طبعة ١٩٩٩ ص ٤٥٤ .

يتحدد بالمبيع المتفق عليه فى عقد البيع وهو فى الشئ المعين بالذات يكون بحسب أوصافه الأساسية المتفق عليها والتى تميزه عن غيره ، كما أن وقوع خطأ مادى فى التسليم فيما يتعلق بماهية المبيع لايمنع البائع من طلب تصحيحه وفقاً لما تقضى به المادة ١٢٣ من القانون المدنى . لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن الشقة التى تسلمها المطعون ضده الأول بموجب المحضر المؤرخ ٨ من يوليو سنة ١٩٨١ والمطلوب القضاء بصحته ونفاذه هى المقصودة برقم ٨ التى تعاقد الأول على شرائها وليست رقم ٧ التى تعاقد المطعون ضده عليها طبقاً للرسم الهندسى الذى أجريت وفقاً له عملية القرعة والتعاقد مستدلا على ذلك بإقرار الهيئة البائعة له وبما أسفرت عنه المعاينة التى أجراها الخبير المنتدب من أن جميع الشقق فى جميع الأدوار التى تعلو شقة النزاع أو تقع تحتها تحمل رقم ٨ وسلمت إلى من تعاقدوا على الشقة رقم ٨ أو إلى ما جاء بكتاب الشركة العامة للإنشاءات القائمة على التنفيذ والتسليم من أن الشقة التى تسلمها المطعون ضده الأول رقم ٨ ، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى القضاء بتأييد الحكم الابتدائى القاضى بصحة ونفاذ محضر التسليم سالف الذكر على سند من أن تغييرا قد جرى فى أرقام الوحدات السكنية بعد استلام المطعون ضده الأول لشقة التداعى بإرادة هيئة الأوقاف المنفردة ولايحاج به ، ودون أن يعن الحكم ببحث ماهية العين التى تم تعاقد

المطعون ضده الأول على شرائها من المطعون ضده الثانى وما إذا كان التسليم الذى تم يتفق مع التحديد المتفق عليه فى العقد أم لا ودفاع الطاعن من أن خطأ مادياً وقع فى تسليم المبيع بموجب المحضر المقضى بصحته ونفاذه وطلبت الهيئة البائعة تصحيحه ، مع أن من شأن بحثه أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد جاء قاصر التسبيب معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب " .

(طعن رقم ١٧٣٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/٤/١٢)

٢- " مفاد النص فى المادة ٤٣١ من القانون المدنى أن محل التزام البائع بتسليم المبيع للمشترى يتحدد بالمبيع المتفق عليه . وهو فى الشئ المعين بالذات يكون بحسب أوصافه الأساسية المتفق عليها والتى تميزه عن غيره " .

(طعنان رقم ٩١٩٩، ٩٢٤٣ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٧/٣/٢)

١٣٦- وجود اتفاق خاص على حالة المبيع :

إذا كان هناك اتفاق خاص بين المتعاقدين على الحالة التى يسلم عليها المبيع، فإنه يتعين إعمال هذا الاتفاق، لأن حكم المادة لايسرى إلا فى حالة عدم وجود اتفاق ، فهو حكم لايتعلق بالنظام العام .

فإذا كانت حالة المبيع وقت إبرام عقد البيع متوسطة أو رديئة مثلا ، جاز الاتفاق على أن تكون حالة المبيع وقت التسليم جيدة ، وحينئذ يلتزم البائع أن يحسن حالة المبيع حتى تصبح جيدة .

مـــادة (٤٣٢)

يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمـــة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقا لما تقضـــى بـــه طبيعـــة الأشـــياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .

الشـــرح

١٣٧ـ شمول التسليم ملحقات الشئ المبيع :

لايقتصر التزام البائع على تسليم الشئ المبيع فحسب بـــل هـــو يشمل أيضا ملحقاته . وقد نصت المادة على ذلك صراحة .

ويظهر من النص أنه يرجع فى تحديد الملحقـــات أولا ، إلـــى إرادة المتعاقدين ، فإذا تلاقت على إلحاق شئ بالمبيع وجب تسليمه أيا كانت أهميته بالنسبة للمبيع .

فإذا لم يوجد اتفاق فوجب الرجوع إلى العرف لتحديد ما يلحـــق بالمبيع .

فإذا لم يوجد عرف فيرجع فى تحديد الملحقات إلـــى التعريـــف الذى وضعته لها المادة[1] ، والذى سنعرض له فى البند التالى .

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٣٠- الدكتور ســمير تنـــاغو البيـــع ١٩٨٧/ ١٩٨٨ ص ٢٣١ .

١٣٨ـ تعريف الملحقات :

تنص المادة على أن يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ .

وقد جاءت صياغة المادة غير دقيقة ، فهى توحى أن التسليم يجب أن يشمل شيئين مع المبيع هما ملحقاته وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله . ولكن الواقع أن هذه المادة لاتتكلم إلا عن شئ واحد هو ملحقات المبيع . لأن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشئ يعتبر من ملحقاته [١].

ويمكن القول أن ملحقات الشئ ليست من أصله ولا من نمائه ، ولا من منتجاته، ولا من ثمراته [٢]. فهى شئ غير الأصل والنماء ، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته ، وهذا ظاهر . وهى ليست متولدة عن الأصل لا بصفة عارضة كالمنتجات ولا بصفة دورية كالثمرات ، وهذا أيضا ظاهر . بل هى شئ مستقل عن الأصل غير متولد منه . ولكنها أعدت بصفة دائمة – لا بصفة وقتية – لتكون تابعة للأصل وملحقة به . وذلك حتى يتهيأ للأصل

---

(١) السنهورى ص ٥٨١ – منصور مصطفى منصور ص ١٣٠– سمير تناغو ص ٢٣٠ .

(٢) ولكننا سنرى أن ثمار المبيع من وقت العقد تكون من ملحقات المبيع يستحقها المشترى عملا بالفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدنى .

أن يستعمل فى الغرض المقصـــود منـــه أو حتـــى يســتكمل هـــذا الاستعمال. فالملحقات هى إذن ما يتبع الأصل ويعد بصـــفة دائمـــا لخدمته ، أو كما تقول المادة هى " كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشئ " . فإذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصـــفة دائمـــة . كمـــا إذا استأجر المالك مواشى وآلات لزراعة أرضه ، فإنها لاتعتبر مـــن الملحقات (١).

ولم يشأ المشرع أن يعدد ما يعد من ملحقات المبيع على خلاف التقنين المدنى القديم الذى كان يتضـــمن نصوصـــا تعـــين بعـــض الملحقات وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد يســـير على نهج التقنين القديم فكانت المادة (٥٧٢) منه وهى المادة المقابلة للمادة (٢٣٢) من التقنين الجديد تقول فى فقرتها الثانية : " فإذا لـــم يوجد اتفاق وجب اتباع الأحكام الآتية ، ما لم يقض العـــرف بغيـــر ذلك:

(أ) بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به ، ولايشـــمل منقولا يمكن فصله دون تلف .

(ب) بيع الأرض الزراعية لايشمل ما نضج من المحصول .

(ج) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مغروسة ، ولايشـــمل

---

(١) السنهورى ص ٥٨١ .

الثمار الناضجة ، ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للنقل .

(د) بيع الحيوان يشمل صغاره التى يرضعها كما يشمل الصوف والشعر المهيأ للجز " غير أن هذه الفقرة حذفت فى لجنة المراجعة" لأنها تتضمن تفصيلات لا ضرورة لها "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٥٤ ومابعدها – وقد جاء عن المادة ٥٧٢ من المشروع التمهيدى بمذكرته الإيضاحية ما يأتى :

" تقرر المادة ٥٧٢ أن تسليم المبيع يشمل أيضا ملحقاته . وتحدد ما هى هذه الملحقات وقد لخصت هذه المادة ما أورده التقنين الحالى فى هذا الشأن (م٢٨٥- ٢٨٩/٣٥٧-٣٦٢ مصرى) فقررت أن كل شئ أعد بصفة دائمة لاستعمال المبيع يعد ملحقا به ، ويهتدى فى ذلك بالاتفاق وبالعرف وبطبيعة الأشياء ، فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف ، فقد تكفل النص ببيان طبيعة الأشياء فى مسائل معينة ، فبيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به ، ولايشمل منقولا يمكن فصله دون تلف ، ويترتب على ذلك أن الأفران المثبتة فى المطابخ والمغاسل (البنوار) المثبتة فى الحمامات تلحق بالمنزل المبيع ، ولاتلحق به المرايا غير المثبتة ولا الثريات المعلقة ، وبيع الأراضى الزراعية لايشمل ما نضج من محصول ، ولكن يشمل ما لم ينضج منه ، وبيع البستان " الحديقة" يشمل الأشجار المغروسة وثمارها الناضجة ، ولكن لايشمل الثمار الناضجة ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للنقل "الشطأ أو المشتل" وبيع الحيوان يشمل الصوف والشعر ولو كان مهيأ للجز ، وكذلك يشمل الصغار التى يرضعها ، أما إذا شبت عن الرضاع فلا

ويمكن أن يضاف إلى الأمثلة السابقة أمثلة أخرى ، مع ملاحظة أنه قد يتضح من قصد المتعاقدين أو العرف غير ذلك .

ونعرض لهذه الأمثلة فى البند التالى .

١٣٩ـ أمثلة أخرى لملحقات المبيع :

١- يلحق بالعقار المبيع مستندات الملكية ومفاتيح أبواب المنزل والفناء الذى يحيط به سوره وحديقته وأشجارها والجراج والإسطبل وسكن البواب أو الخادم إن وجد . وكذلك عقود التأمين والحقوق والدعاوى المرتبطة به كحقوق الارتفاق ودعوى الضمان التى للبائع ضد من باع له [(١)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " إن من آثار البيع نقل ملكية المبيع إلى المشترى بما يكملها وبما يحددها . ولما كان الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع

تلحق بالمبيع (م٣٥٩ مختلط و٦١٧ تونسى و٤٢٠ لبنانى ، وهذه المواد كلها مأخوذة عن الشريعة الإسلامية) .

وغنى عن البيان أن هذه الأمثلة لم تذكر على سبيل الحصر ، وهى بعد ليست من النظام العام ، فيمكن الاتفاق على غير ماتقدم ، كما يجوز أن يقضى عرف الجهة بأحكام أخرى " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٥٦) .

(١) عبد الناصر العطار ص ١٨٨- عبد المنعم البدراوى ص ٤٠٢- اسماعيل غانم ص ١٤٦.

من مكملات ملكيته كان لا موجب للتنصيص عليه بالذات فى عقد البيع كى يمكن للمشترى التحدى به " .

- " إذا كان الحكم بإزالة البناء الذى أقامه المدعى عليه فى الأرض التى اشتراها مؤسسا على أن المشترى إذ قبل شراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق مطل محكوم به فى مواجهة البائع فقد التزم (التزاما شخصيا) بالامتناع عن التعرض لمن تقرر له حق الارتفاق ، فهذا الحكم يكون موافقا للقانون . ولايصح الطعن فيه بمقولة إنه إذ اعتبر الحكم الذى قرر حق الارتفاق فى مواجهة البائع حجة على المشترى رغم عدم تسجيله قد خالف نص المادة الثانية من قانون التسجيل " .

(طعن رقم ٣ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١/١٣)

(ب)- " إن المبيع ينتقل إلى المشترى بالحالة التى حددها الطرفان فى عقد البيع وإذ كان - الثابت أن البائعتين للطاعنة قد صرحتا فى عقد البيع بنفى وجود أى حق ارتفاق للعقار المبيع ، فإن القول بانتقال هذا الحق إلى المشترى رغم وجود النص المانع يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٥٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/١٥)

(ج) - "متى كانت المطعون عليها قد أسست دعواها على عقد البيع الابتدائى الصادر لها ، والذى ينقل إليها - ولو لم يكن

مشهرا- جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما في ذلك طلب نفي حق الارتفاق الذى تدعيه الطاعنة ، فإن الدعوى تكون من الدعاوى المتعلقة بأصل الحق ، وليست من دعاوى الحيازة ، ويكون قضاء الحكم المطعون فيه بتسليم العين وطرد الطاعنة منها استنادا إلى أن العقد العرفى يمنح المشترى الحق فى استلام المبيع لأنه من الآثار التى تنشأ عن عقد البيع صحيحا فى القانون ، ولا عبرة بما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه من أنه قضى بتسليم العين رغم سبق القضاء به فى دعوى صحة التعاقد المرفوعة على البائعين طالما أن الطاعنة لم تكن طرفا فيها " .

(طعن رقم ٥١٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١/٢٥)

٢- يشمل بيع المصنع آلاته ومخازنه والأرض التى يحددها سوره بما فيها من منازل العمال ومطاعمهم وملاعبهم والسيارات المخصصة لنقلهم ونقل منتجات المصنع .

٣- يشمل بيع السيارة رخصتها والأدوات المعدة لإصلاحها ومستندات تمليكها .

٤- إذا كان المبيع أسهما أو سندات ألحقت به قسائم الأرباح[1].

٥- بيع الجواد الأصيل يشمل تسليم الأوراق المثبتة لنسبه .

٦- بيع بركة مياه يشمل ما فيها من أسماك .

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٤٦- خميس خضر ص ١٦٦ .

٧- تعتبر ثمار المبيع من وقت العقد من ملحقاته بنص الفقـرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدنى إذ تقول : " وللمشترى ثمـر المبيـع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هـذا الوقـت أيضا ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره " . ويدخل فى معنى ثمار المبيع الثمار بجميع أنواعها سواء كانت طبيعيـة ككـلأ المراعى ونتاج المواشى ، أو مستحدثة كثمر الأرض الزراعيـة أو مدنية كالأجرة ، وللمشترى أيضا سائر المنتجات أى الحاصلات من وقت البيع . ومتى ثبت للمشترى الحق فى ثمـار المبيـع، فعليـه تكاليفه كالضرائب ومصروفات الصيانة ومصروفات الاسـتغلال، ويلاحظ أن حق المشترى فى الثمار يثبت له ولو لـم تنتقـل إليـه الملكية بمجرد التعاقد ، كما إذا اشـترى عقـارا وتـأخر تسـجيل البيع[1].

١٤٠- الاتفـاق فـى عقـد الإيجـار علـى أن الإصـلاحات أو الإنشاءات التى يحدثها المستأجر بالعين المـؤجرة تـنتقـل إلى الخلف الخاص للمؤجر يجعلها من قبيل الملحقات :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان عقد الإيجار منصوصا فيه على أن كل مـا يحدثـه المستأجر فى الأعيان المؤجرة من إصلاحات أو إنشـاءات يكـون

---

(١) خميس خضر ص ١٦٦- اسماعيل غانم ص ١٤٦ .

ملكا للمؤجر ، ثم باع المؤجر هذه الأعيان ، فكل الحقوق التي كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات البيع فتنتقل بحكم القانون إلى المشترى وتبعا لذلك يكون للمشترى حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان " .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٦/٢٢)

مـادة (٤٣٣)

١- إذا عين فى العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولا عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك ، على أنه لايجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد .

٢- أما إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ، وجب على المشترى ، إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض ، أن يكمل الثمن إلا إذا كانت الزيادة جسيمة ، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه " .

الشـرح

١٤١ـ النقص فى مقدار المبيع :

لايكفى أن يسلم البائع المبيع ذاته وبأوصافه ، بل يجب أن يسلم البائع المبيع بقدره المتفق عليه فى العقد .

فإذا اتفق البائع مع المشترى على أن يبعه قنطاراً من القطن، كان عليه أن يقدم له هذا القنطار فإن قدم له كمية أقل ، فإننا نكون بصدد حالة نقص المبيع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الواقع فى الدعوى هو أن عقد البيع الابتدائى ، قد ورد على حصة مفرزة محددة مقدارها ٣٦ فدانا وفقا لوضع يد البائع مع تحديد سعر الوحدة للفدان بمبلغ معين فلما قامت إجراءات الشهر العقارى حائلا دون تسجيل العقد على هذا الوجه حور الطرفان اتفاقهما فى العقد النهائى دون المساس بجوهره بأن جعلا البيع منصبا على الحصة الشائعة بحسب النصيب الشرعى ومقدارها ٣٠ فدانا والتى لا تجادل المساحة فى جواز ورود العقد عليها كما جعلاه منصبا أيضا على القدر المفرز الوارد فى العقد الابتدائى وحرصا على النص على سعر الوحدة للفدان الواحد بمبلغ معين فى كلتا الحالتين ، وكان المفهوم من هذا التحوير اللاحق فى العقد النهائى أن البيع شمل محلين الأول بيع النصيب الشائع والآخر بيع هذا النصيب حسب وضع اليد وأن العلاقة بينهما تسوى على أساس المحل الذى يصح به العقد ، وكانت مصلحة الشهر العقارى قد نقلت أولاً ملكية القدر الشائع دون المحدد وجرت المحاسبة فى العقد على ثمن هذا القدر وحده، ثم تبين بعد ذلك أن المحل الآخر قد استقام أمره وهو الـ٣٦ فدانا المحددة ببيع المشترى له دون اعتراض من الشهر العقارى فإنه يكون للبائع الحق فى الرجوع على المشترين بثمن الفرق على أساس الوحدة المتفق عليه ويكون الحكم المطعون فيه إذ اعتبر البيع جزافا بالثمن المحدد للحصة الشائعة قد خالف فى تفسيره الثابت بالأوراق " .

(نقض طعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٥/١٢)

ولبيان حكم هذا النقص أو العجز نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى :

أن يكون هناك اتفاق بين المتعاقدين ، على حقوق المشـــترى فى حالة وجود نقص فى البيع :

ففى هذه الحالة يرجع إلى هذا الاتفاق ويطبق عند وجود نقــص فى المبيع .

فإذا اتفق مثلا بين الطرفين ، على أن يلزم البائع بــدفع قيمـــة العجز . فإن هذا يفيد أن المتعاقدين اتفقا على أن هذا العجز يلحــق ضررا بالمشترى ، ويلزم البائع بأداء هذه القيمة . فإذا ادعى البائع عدم حصول ضرر للمشترى التزم بإثباته .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

" إذا كان الشرط الإضافى الوارد فى العقد قد ألزم البائع بــدفع فرق السعر عن الكمية التى لا يوردها فإن تحقق مثل هذا الشـــرط يجعل الضرر واقعا فى تقدير المتعاقدين فلا يكلف الــدائن بإثباتـــه ويقع على عاتق المدين (البائع) فى هذه الحالة عبء إثبات انتفـــاء الضرر إعمالا للشرط الجزائى – على ما جرى به قضاء محكمـــة النقض " .

(طعن رقم ٥٢ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٢)

الحالة الثانية :

ألا يكون هناك اتفاق بين الطرفين على ما يتبع فى حالة وجود نقص فى المبيع :

إذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين على ما يتبع فى حالـة وجـود نقص فى المبيع ، فإنه يرجع إلى العرف . فإذا كـان العـرف قـد جرى على التجاوز عن قدر معين من العجز كما هو الحـال فـى البيوع التجارية ، فلا يلتزم البائع عندما لايتجاوز العجز هذا القـدر إلا بأن يسلم المبيع كما هو .

وقد قضت المادة ٩٥من قانون التجارة الجديد صـراحة بـأن : "لايعتد عند تسليم المبيع بما يطرأ عليه من نقص أو تلـف يقضـى العرف بالتسامح فيه " .

والحكمة من عدم الاعتداد بالنقص الذى يقضى به العرف ، أن جريان العرف على التسامح فى هذا النقص دليل على أنـه غيـر مؤثر [١].

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد أنه: " أما المادة ٩٥ من المشروع فقد جاءت لتقنين قاعدة عرفية جـرى عليها القضاء وأقرها الفقه فى ظل التقنين القائم ، وبمقتضاها لايعتد

---

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجـارة الجديـد المجلد الثانى الطبعة الثانية .

عند التسليم بما يطرأ على المبيع من نقص أو تلف يقضى العرف بالتسامح فيه " .

فإذا لم يوجد عرف ، كان للمشترى الخيار بين إنقاص الثمن وفسخ العقد ، وإذا اختار المشترى إنقاص الثمن فلا يلزم بالضرورة أن يكون الإنقاص بنسبة العجز فقد يزيد الإنقاص عن ذلك تعويضا للمشترى عما أصابه من ضرر نتيجة حصوله على شئ أقل مما رغب فيه ، كما يمكن أن يقل عن قيمة ما نقص إذا كان الضرر الذى أصاب المشترى أقل من ذلك [١].

غير أن حق المشترى فى الفسخ منوط بأن يثبت أن النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما تعاقد . وظاهر أن معيار الجسامة الذى وضعه المشرع معيار شخصى لا موضوعى فيجب النظر عند تقدير الجسامة إلى شخص المشترى لا إلى معيار الرجل العادى [٢]. أى أن أساس الفسخ هو عدم إتمام المشترى للعقد لو

---

(١) السنهورى ٥٧١ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص ١٣٣ – خميس خضر ص ١٧٥ .

(٢) جلال العدوى ص ١٣٧ ومابعدها – وحال مناقشة مشروع المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض معالى حلمى عيسى باشا على معيار النقص الوارد فى المادة وطلب إعطاء القاضى معيارا أساسيا سببيا يرجع إليه فى تقدير النقص

أنه كان يعلم بالعجز أخذا بالمعيار العام الذى وضعه المشرع فى الغلط[1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومعنى الضمان أن المبيع إذا نقص عن القدر المعين كان للمشترى أن يفسخ (إذا كان النقص جسيما بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشترى ولايشترط أن يكون النقص واحدا على عشرين) أو أن ينقص الثمن بقدر ما أصابه من الضرر (وليس من الضرورى أن يكون إنقاص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك) ولا فرق فى حالة نقص المبيع بين ما إذا كان المبيع يضره التبعيض أو لايضره ، وبين ما إذا كان الثمن محددا بسعر الوحدة أو مقدرا جملة واحدة "[2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن المشرع جعل

فرد عليه معالى السنهورى باشا قائلا إلى المشروع استبدل بالمعايير الحسابية المعقدة معيارا شخصيا يهون على القاضى مهمته (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٦٢) .

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٣٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٦١ .

للمشترى الحق فى ضمان البائع القدر الذى تعين للمبيع إذا وجد عجزاً فيه وطلب إنقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال" .

(طعن رقم ٢١٨٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/٥/٧)

٢- " مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدنى أن البائع يضمن للمشترى المقدار الذى تعين للمبيع بالعقد وذلك دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قد قدر فى العقد بسعر الوحدة أو تعين به جملة واحدة وقد جعل المشرع للمشترى الحق فى هذا الضمان إذا وجد عجزاً فى المبيع بطلب إنقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال مادام أن مقدار المبيع قد تعين فى العقد".

(طعن رقم ٣٤ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٢٧)

٣- " إذا كان الثابت من عقد البيع محل النزاع المؤرخ ... أن الطاعن وآخرين باعوا متضامنين إلى المطعون ضده بصفته مساحة ٦س ٥ط ١٤ ف يخص الطاعن منها ٧ س ١٠ ط ١ف وذلك مقابل ثمن إجمالى مقداره ٤٥١٥٦ جنيه لكامل المبيع وأن هذه المساحة وما يقابلها من ثمن تحت العجز والزيادة حسب ما تظهره المساحة فإن المبيع على هذا النحو يكون مبينا على وجه التقريب وبالتالى غير معين المقدار بما يكشف- ومن هذه الظروف والملابسات- أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى أن ما تظهره البيانات المساحية من عجز أو زيادة فيما بعد تتم المحاسبة عليه وفقا للسعر المتفق عليه وقت التعاقد . إذ كان البين من تقرير

الخبير المودع ملف الدعوى أنه حدد ثمن القدر الزائد فى الأطيان المبيعة فى تاريخ التعاقد وقيمته عند رفع الدعوى وكان الأخذ بأى من السعرين الواجب إلزام المشترى بأدائه هو مسألة قانونية يفصل فيها قاضى الموضوع فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى صحيحا إلى تقدير ثمن القدر الزائد بالسعر المتفق عليه وقت التعاقد ... لا بوقت رفع الدعوى حسبما أخذت بذلك محكمة أول درجة- والتى استندت إلى النتيجة التى انتهى إليها تقرير خبير الدعوى- لا يكون قد ران عليه قصور فى التسبيب أو شابه فساد فى الاستدلال .

(طعن رقم ٩٦٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢١ – غير منشور)

ويشترط لتطبيق الحكم السابق أن يكون مقدار المبيع قد تعين فى العقد ، أما إذا لم يتعين مقداره فيه ، كبيع أرض بحدودها فقط ، لم يلتزم البائع إلا بتسليم الأرض المبيعة وفق حدودها المذكورة بصرف النظر عن مساحتها ، ولو تبين المشترى أن الأرض أقل مساحة مما كان يأمل [١].

وفى بيع المحصول إذا قدر برقم معين ونقص عن هذا الرقم، لم يكن البائع مسئولا عن هذا النقص إذا هو أثبت أنه بذل العناية المألوفة فى الزراعة [٢].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٩٤- جلال العدوى ص ١٣٨.

(٢) السنهورى ص ٥٧١ هامش (٢) .

١٤٢ـ لا يجوز طلب التعويض أو الفسخ لأول مرة أمام محكمة النقض :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان النزاع قد دار بين الطرفين أمام محكمة الموضوع على أمر واحد هو مقدار كمية الحديد التى تم عليها التعاقد ولم يتمسك المشترى صراحة لدى تلك المحكمة بالمطالبة بقيمة العجز الذى يدعيه فإنه لايكون هناك محل لإثارة الجدل بشأنه أمام هذه المحكمة ".

(طعن رقم ٢٣١ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٥/١٦) (١)

---

(١) كما قضت بأن :

" لاتقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها ومع ذلك يجوز أن يضاف إلى الطلب الأصلى الأجور والفوائد والمرتبات وسائر الملحقات التى تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات . ويجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به الكيد يدل على أن المشرع اعتبر الدفع بعدم قبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف متعلقا بالنظام العام أوجبت على تلك المحكمة إذا ما تبينت أن المعروض عليها هو طلب جديد أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبوله إلا أن يكون هذا الطلب فى حدود الاستثناء الوارد فى الفقرتين الثانية والرابعة من المادة سالفة البيان ، ويعتبر الطلب جديدا ولو لم يتغير عن موضوع الطلب المبدى أمام محكمة أول درجة متى

١٤٣ـ نطاق سريان حكم المادة :

يسرى حكم المادة عند وجود نقص فى المبيـــع ، ســـواء كـــان المبيع مما يقبل التبعيض أم لا ، وسواء كان الثمن قد حدد جملة أو بحساب الوحدة[(١)] ، وذلك على خلاف الحال فى أحكام زيادة المبيع كما سنرى .

كان يجاوزه فى مقداره ما لم تكن تلك الزيادة مما نص عليه فى الفقــرة الثانية من تلك المادة ، لما كان ذلك وكان البين مـــن مـــدونات الحكـــم المطعون فيه أن الطاعن أقام دعواه أمام محكمة أول درجة مطالبا بمبلغ وقدره عشرة آلاف مارك ألمانى تعويضا عما لحقه من أضرار نتيجـــة العجز والتلف فى البضائع المرسلة إليه وإذ رفض طلبه فقـــد اســـتأنف الحكم مطالبا بزيادة التعويض إلى عشرين ألف مـــارك ألمـــانى دون أن يورد أمام محكمة الاستئناف ما يبرر تلك الزيادة، فإن طلب هذه الزيادة يعتبر طلبا جديدا ذلك أن التعويضات التى أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ المشار إليها المطالبة بزيادتها استثناء أمام محكمة الاستئناف هـــى التعويضات التى طرأ عليها ما يبرر زيادتها عما حددت به فى الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة وذلك نتيجة تفاقم الأضـــرار المبـــررة للمطالبة بها ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر الزيـــادة طلبا جديدا فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون " .

(طعنان رقما ١٢٢٧، ١٢٣٥ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٨)

(١) محمد لبيب شنب ص ١٣٦- أنور سلطان ص ٢٦١.

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١- " مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدنى أن البائع يضمن للمشترى القدر الذى تعين للمبيع بالعقد ، وذلك دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قد قدر بالعقد بسعر الوحدة أو تعين به جملة واحدة بل جعل المشرع للمشترى الحق فى هذا الضمان إذا وجد عجزا فى المبيع بطلب إنقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال طالما أن مقدار المبيع قد تعين فى العقد ".

(طعن رقم ١٨٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١١/٣)

١٤٤ـ الزيادة فى المبيع :

إذا وجدت زيادة فى المبيع ، فإنه يرجع فى بيان حكم هذه الزيادة إلى اتفاق المتعاقدين، إذا كان هناك اتفاق بينهما على ذلك . فإذا لم يوجد اتفاق تعين الرجوع إلى العرف الجارى ، فإذا لم يوجد عرف تعين إعمال الفقرة الثانية من المادة ٤٣٣.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا وجدت زيادة بالمبيع المعين بالذات أو المبين المقدار فى عقد البيع ولم يكن هناك اتفاق خاص بين الطرفين بخصوصها أو عرف معين بشأنها فإن العبرة فى معرفة أحقية المشترى فى أخذ هذه الزيادة بلا مقابل أو عدم أحقيته فى ذلك على مقتضى حكم المادة ٤٣٣ من القانون المدنى هى بما إذا كان ثمن المبيع قدر

جملة واحدة أم أنه قد حدد بحساب سعر الوحدة . أما التمييز بين البيع الجزافى والبيع بالتقدير فأمر يتعلق بتحديد الوقت الذى تنتقل فيه ملكية المبيع للمشترى فى كل منهما وتعيين ما إذا كان البائع أو المشترى هو الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم . وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بأحقية المشترى فى أخذ الزيادة التى ظهرت بالمبيع بلا مقابل عملا بالمادة ٤٣٣ مدنى على مجرد اعتباره البيع جزافا ، مع أنه ليس من مؤدى ذلك حتما إعمال حكم هذه المادة ومناطه أن يتفق على ثمن المبيع جملة لا بحساب سعر الوحدة ، فإن الحكم يكون قاصر البيان " .

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨)

ولبيان حكم الفقرة الثانية من المادة ٤٣٣ مدنى ، يجب التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى :

أن يكون الثمن مقدرا جملة كبيع القطن الموجود فى مخزن وقدره عشرة قناطير بخمسة آلاف جنيه ، ثم يظهر أن القطن أكثر من ذلك .

والمشرع لم يضع حكما لهذه الحالة . ولكن الظاهر أنه أراد بذلك أن تكون الزيادة للمشترى دون مقابل ، سواء كان المبيع قابلا للتبعيض أو غير قابل له . لأن الثمن عندما يقدر جملة واحدة ، فإن

مقدار المبيع لا يكون أصلا فى العقد بل وصفا فيـه ، والوصـف لايقابله شئ من الثمن [١].

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما إذا زاد المبيع وكان الثمن مقدرا جملة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصدا أن يكون المبيع بهذا الثمن ولـو زاد عـن القـدر المعين (وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لايقابله شـئ من الثمن) ولذلك يبقى البيع ولايطالب المشترى بزيادة فى الـثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك " [٢].

أما إذا تضمن العقد شرطا بأن البيع تم تحت العجز والزيـادة، فإن المشترى يلتزم بتكملة ثمن القدر الزائد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الثابت من مطالعة عقد البيع محل التداعى المؤرخ... أنه ينطوى على بيع مساحة ١٢٠٠م٢ يدخل فيها المقـدار المبيـع موضوع التداعى وقد نص فى البند أولاً منـه أن المسـاحة التـى يشملها هذا العقد هى " تحت العجز والزيادة وبعـد المقـاس علـى

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٣٤ – عبد الناصر العطـار ص ٢٢٧ ومابعدها – جلال العدوى ص ١٣٨ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٦١ .

الطبيعة" فإن مفاد ذلك أن المساحة الفعلية للمبيع لم تكـن – وقـت إبرام العقد- قد تحددت على الطبيعة تحديداً قاطعاً وبالتالى فإن حق الطاعنين فى المطالبة بإنقاص الثمن لا يتقادم – فى هـذه الحالـة- بسنة بل يتقادم بمدة خمس عشرة سنة " .

(طعن رقم ٣٣٢١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٨)

الحالة الثانية :

أن يكون الثمن مقدرا بحساب الوحدة .

وفى هذه الحالة نفرق بين فرضين :

الفرض الأول :

أن يكون المبيع غير قابل للتبعيض .

والمبيع غير القابل للتبعيض هو الشئ الذى يتلـف بقسـمته أو يترتب على تبعيضه ضـرر بالبـائع أو بالمشـترى ، أى إخـلال بالغرض المقصود من البيع ، ومثال ذلك شراء ماشية وزنها مائـة كيلو جرام بسعر الكيلو عشرين جنيها أو قطعة قماش طولها أربعة أمتار معدة لأن تكون ثوبا بسعر المتر عشرة جنيهات . أو شـراء فدان لإقامة مصنع لا يكفى لإقامته مساحة أقل وذلك بسعر المتـر ألف جنيه ، ثم وجد المبيع عند التسليم مشتملا على مقدار أكبر من المقدر له فى العقد ، فإنه يجب على المشترى أن يكمل الثمن فيدفع قيمة الزيادة بسعر الوحدة المتفق عليهـا . فـإذا اتضـح أن وزن الماشية فى المثال السابق مائة وعشرون كيلو جراما وجـب علـى

المشترى أن يدفع ثمن العشرين كيلو جراما الزيادة بسعر الكيلو عشرون جنيها .

والسبب فى ذلك أنه وإن كان المبيع غير قابل للتبعيض، فإنه يعتبر أصلا لا وصفا مادام الثمن قد قدر بحساب الوحدة . والأصل مقابل الثمن ، فإذا زاد المبيع وجب على المشترى تكملة الثمن بما يناسب الزيادة ، وكان للبائع حق الرجوع على المشترى بدعوى تكملة الثمن (١).

أما إذا كانت الزيادة جسيمة بحيث تكون لو علم بها المشترى عند الشراء لما أتم العقد، فإن المشترى لايكون ملزما بتكملة الثمن، ويكون له أن يطلب فسخ العقد (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما إذا كان المبيع يضره التبعيض وتعين ثمنه بسعر الوحدة، فإن زاد أو نقص كان المشترى بالخيار بين الفسخ (إذا كانت الزيادة أو النقص أكثر من واحد على عشرين) أو إبقاء البيع مع دفع الثمن بنسبة القدر الحقيقى ، لأن تجزئة المبيع فى هذا الغرض لاتجوز ، إذ التبعيض يضر ... الخ "(٣) .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٩٤- اسماعيل غانم ص ١٥٤ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٩٤- سمير تناغو ص ٢٢٨.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٦٠ .

الفرض الثانى :

أن يكون المبيع قابلا للتبعيض :

إذا كان المبيع قابلا للتبعيض دون أن يحـدث ضـرر ، فـإن المشترى يأخذ القدر المتفق عليه فحسب ، فى مقابل الثمن محـددا على أساس سعر الوحدة ، وليس للبائع أن يلزم المشترى بأخذ القدر الزائد ودفع ما يقابله من الثمن . كما لايجوز للمشـترى أن يلـزم البائع بتسليم القدر الزائد فى مقابل ثمنه ، وإنما يكون ذلك باتفـاق الطرفين [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان البيع انصب على قدر معين وتم البيع بسعر الوحـدة وكان المبيع قابلا للتبعيض دون ضرر – كما هو الحال بالنسبة للفحم الكوك موضوع التداعى – فإن ما يستولى عليه المشترى زيادة عن القدر المبيع لايشمله عقد البيع ولايجبر البائع على بيعه بنفس السعر ومن ثم لاتعتبر المطالبة بقيمة القدر المستولى عليه بغير حق زائدا عن القدر المبيع مطالبة بتكملة الثمن ولايسرى فى شـأنها التقـادم الحولى المنصوص عليه فى المادة ٤٣٤ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٦١٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢٧)

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٥٤ –مصطفى منصور مصطفى ص ١٣٤ ومابعدها .

مـادة (٤٣٤)

إذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة فإن حق المشترى فى طلـب إنقاص الثمن أو فى طلب فسخ العقد وحق البائع فى طلب تكملـة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقـت تسـليم المبيع تسليما فعليا .

الشـرح

١٤٥ـ تقادم الدعاوى الناشـئة عـن العجـز والزيـادة فـى المبيـع :

يتقادم حق المشترى فى طلب إنقاص الثمن أو فى طلب فسـخ العقد عند وجود عجز فى المبيع ، وكذلك حق البائع فى طلب تكملة الثمن عند وجود زيادة فى المبيع ، إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا .

وقد قصد المشرع تقرير مدة تقادم قصيرة للدعاوى المـذكورة مراعاة لمقتضيات استقرار التعامل ، حتى لايبقـى أحـد العاقـدين مهددا مدة طويلة برجوع الآخر عليه بإنقاص الثمن أو بزيادتـه أو بفسخ العقد [١].

والعبرة فى حساب مدة التقادم المذكور هى بالتسليم الفعلـى أى من وقت دخول المبيع فى حوزة المشترى فعلا ، لأن هذا التسـليم

---

(١) السنهورى ص ٥٧٥– محمد شكرى سرور ص ٣٠٤ .

هو الذى يهئ للمشترى وللبائع كشف حقيقة النقص أو الزيادة فى المبيع . فلا يكفى لبدء سريان هذه المدة مجرد وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق مع إخطاره بذلك أى لا يكفى التسليم بمعناه القانونى غير المقترن بالتسليم الفعلى .

كما لايكفى التسليم الرمزى كالتسليم الذى يتم بما يمكن المشترى من التسلط على المبيع كمفتاح المخزن ، أو تسليم سندات الشحن أو الإيداع أو تسليم سندات الملكية . إذ أن هذه الصور الأخرى من التسليم ليس من شأنها اطلاع المشترى على المبيع ، حتى يمكن أن ينسب إليه إهمال أو تقصير فى رفع الدعوى بسبب العجز [١].

وكانت المادة ٢٩٦/٣٧٠ من التقنين المدنى الملغى تنص على أن : " حق المشترى فى فسخ البيع أو فى تنقيص الثمن وكذلك حق البائع فى طلب تكميل الثمن يسقطان بالسكوت عليهما سنة واحدة من تاريخ العقد " . وكان هذا النص محل انتقاد لأنه جعل بدء سريان مدة التقادم من وقت العقد لا من وقت التسليم الفعلى .

( ) عبد الودود يحيى ص ١٠٥ – سليمان مرقس ص ٣٥٢- جلال العدوى ص ١٣٩ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يتبين مما تقدم (فى المادة السابقة) أن هناك حالات يطلب فيها المشترى إنقاص الثمن (إذا نقص المبيع نقصا غير جسيم) أو الفسخ (إذا نقص المبيع أو زاد بقدر جسيم) ، وهناك حالات يطلب فيها البائع تكملة الثمن (إذا زاد المبيع زيادة غير جسيمة أو زيادة جسيمة لم تحمل المشترى على طلب الفسخ) ، ففى هذه الحالات جميعا تسقط الدعوى فى الفسخ أو فى إنقاص الثمن أو فى زيادته بالتقادم ، إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما حقيقيا . وهذا الحكم أصلح عيبا فى التقنين الحالى ، إذ جعل التقادم يسرى لا من وقت العقد (م٢٩٦/٣٧٠ مصرى) بل من وقت التسليم الحقيقى للمبيع ، فلا يكفى التسليم الصورى ، وظاهر أن التسليم الحقيقى وحده هو الذى يهئ للمشترى وللبائع كشف حقيقة النقص أو الزيادة فى المبيع "[١].

ويسرى هذا الحكم على البيوع الاختيارية والجبرية على حد سواء [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٦٥ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٢٤٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " مفاد نص المادة ٤٣٤ من القانون المدنى أنه إذا وجد فى المبيع عجز فإن حق المشترى فى طلب إنقاص الثمن يسقط بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا".

(ب)- " إذا كان الثابت أن الطاعن قدم إلى محكمة الاستئناف مذكرة بتاريخ ١٩٨٧/٢/١١ دفع فيها بسقوط حق المطعون ضده فى طلب إنقاص الثمن لانقضاء سنة من وقت تسلمه المبيع تسليما فعليا طبقا للبند الثانى من العقد المؤرخ ١٩٨١/٥/٢٣ حتى تاريخ رفع الدعوى فى ١٩٨٢/٦/٧ وكان هذا الدفاع جوهريا من شأنه- لوصح- أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإن إغفال الحكم المطعون فيه بحثه والرد عليه فى أسبابه يعيبه بالقصور " .

(طعن رقم ١٧٩٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩١/١٠/٢٤)

٢- " تطبيق نص المادة ٤٣٤ من القانون المدنى فى حالة الادعاء بوجود عجز فى المبيع محله أن يكون البيع قد انعقد على عين معينة مفرزة ذات مقاس أو قدر معين ولم يقم البائع بالتسليم على النحو الذى التزم به بأن سلم المبيع أقل قدرا مما هو متفق عليه ".

(طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١)

٣- " النص فى المادة ٤٣٣ من القانون المدنى على أنه إذا

عين فى العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولا عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك وفى المادة ٤٣٤ منه على أنه إذا وجد فى المبيع عجزاً أو زيادة فإن حق المشترى فى طلب إنقاص الثمن أو فى طلب فسخ العقد وحق البائع فى طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسلمه تسليماً فعلياً يدل على أن مسئولية البائع عن العجز فى المبيع إنما تكون عندما يتبين أن القدر الحقيقى للمبيع ينقص عما تعين بالاتفاق فى العقد وأن تقادم حق المشترى فى إنقاص الثمن أو فسخ العقد بسبب ذلك بانقضاء سنه من تسلمه تسليماً فعلياً إنما يكون فى حالة ما إذا كان مقدار المبيع قد عين فى العقد أما إذا لم يتعين مقداره أو كان مبيناً على وجه التقريب فإن دعواه فى ذلك لا تتقادم بسنة بل تتقادم بخمس عشرة سنة " .

(طعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩)

١٤٦ـ مالا يسرى عليه حكم المادة :

لايطبق الحكم الوارد بالمادة إلا على الحقوق الناتجة عن العجز والزيادة ، أى على الحالات التى يسلم فيها البائع المبيع المعين بالذات، ثم يتضح أن فى هذا المبيع عجزا أو زيادة على المقدار الذى ذكر فى العقد أنه مقداره . وعلى ذلك لاينطبق هذا الحكم على

المبيع المعين بالنوع ، إذا سلم البائع مقدارا أقل أو أكثر من المقدار المتفق عليه ، فى مثل هذه الحالات لاتسقط دعوى المشترى التى يطالب فيها بالقدر الباقى دون تسليم إلا بمضى خمس عشرة سنة وفقا للقواعد العامة . أما دعوى البائع قبل المشترى ، التى يطالب فيها باسترداد القدر الزائد ، فهى دعوى استرداد ما دفع دون وجه حق تخضع لحكم المادة ١٨٧ مدنى . وهو يقضى بأن هذه الدعوى تسقط بأقل المدتين ، ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه البائع أنه سلم المشترى قدرا يزيد على القدر المتفق عليه ، أو بمضى خمس عشرة سنة من يوم التسليم [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان المدعى قد طالب أمام محكمة أول درجة مقابل الزيادة فى الأطيان التى باعها إلى المدعى عليهم فقضى الحكم الابتدائى بقبول الدفع بالتقادم وبسقوط حق المدعى فى دعوى تكملة الثمن لمضى أكثر من سنة على تاريخ التسليم الفعلى طبقا لما تقضى به المادة ٤٣٤ من القانون المدنى ، وكان البائع قد استأنف هذا الحكم مستندا إلى أنه لا محل لتطبيق هذه المادة لأن القدر الذى يطالب بقيمته قد اغتصبه المشترى ويخرج عن الحدود الواردة فى

---

(١) عبد الودود يحيى ص ١٠٥ ومابعدها- عبد المنعم البدراوى ص ٣٩٩- جلال العدوى ص ١٤٠ .

عقد البيع ، ولأن المشترى قد وافق فى ورقة المحاسبة المحررة بينهما على دفع قيمته وكان الثابت أن الزيادة فى القدر المبيع التى طالب البائع بقيمتها أمام محكمة أول درجة هى ذات الزيادة التى ادعى أمام محكمة ثان درجة أنها تخرج عن الحدود الواردة فى عقد البيع ، وكانت المادة ٣/٤١١ من قانون المرافعات قد أجازت للخصوم فى الاستئناف – مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حاله – تغيير سببه والإضافة إليه ، فإن طلب البائع أمام محكمة الاستئناف بمقابل الزيادة الخارجة عن حدود عقد البيع لايعد تغييرا لموضوع الطلب الأصلى الذى رفعت به الدعوى أمام محكمة أول درجة طالما أن القدر الزائد المطالب بقيمته لم يتغير وإن تغير سبب المطالبة إلى الغصب . وإذ خالف حكم محكمة الاستئناف هذا النظر وقضى بعدم قبول الطلب الذى أبداه البائع أمامها تأسيسا على أنه طلب جديد فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ١٤٧ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/١٧)

ولايسرى حكم المادة على الدعوى المبنية على تعهد خصوصى حصل بعد عقد البيع الأصلى وتعهد فيه المشترى بدفع ثمن الزيادة التى تظهر فى مساحة الأطيان المبيعة [١].

---

(١) السنهورى ص ٥٧٦ الهامش .

١٤٧ـ عدم ورود الوقف على التقادم بسبب عدم اكتمال الأهلية:

مدة التقادم المذكورة لايرد عليها الوقف بسبب عدم اكتمال الأهلية ، ولكن يسرى عليها الانقطاع [١].

١٤٨ـ عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم :

لايجوز الاتفاق بين الطرفين على زيادة مدة التقادم ولا على إنقاصها ، لأن الأحكام المتعلقة بالسقوط من حيث المدة المقررة مما يتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها [٢].

ولكن يجوز النزول عن دعوى إنقاص الثمن أو تكملته أو طلب الفسخ للعجز أو الزيادة فى مقدار المبيع ، ويتم هذا النزول صراحة أو ضمنا كما لو وضع المشترى يده على المبيع بعد علمه بعجزه ولم يبد أى تحفظ ودلت الظروف على نزوله عن المطالبة بالقدر المتفق عليه للمبيع [٣].

١٤٩ـ يجب التمسك بالتقادم :

التقادم لايتعلق بالنظام العام ، ويجب التمسك به من صاحب الشأن ، ويجوز اه التمسك به فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام محكمة ثانى درجة .

ولكن لايجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٤٩ - سمير تناغو ص ٢٢٩ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٢٥٠ - السنهورى ص ٥٧٦ الهامش .

(٣) عبد الناصر العطار ص ٢٠٨ - سليمان مرقس ص ٣٥٢ .

١٥٠- مناط التقادم أن يكون المبيع قد عين بالعقد :
وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " نص المادتين ٤٣٣، ٤٣٤ من القانون المدنى يدل على أن مسئولية البائع عن العجز فى المبيع تكون عندما يتبين أن القدر الحقيقى الذى يشتمل عليه البيع ينقص عن القدر المتفق عليه فى العقد، وأن تقادم حق المشترى فى إنقاص الثمن أو فسخ العقد بسبب العجز فى المبيع بانقضاء سنة من تسلمه تسليما فعليا إنما يكون فى حالة ما إذا كان مقدار المبيع قد عين فى العقد، أما إذا لم يتعين مقداره أو كان مبيناً به على وجه التقريب فإن دعوى المشترى لاتتقادم بسنة بل تتقادم بخمس عشرة سنة " .

(طعن رقم ٨٦٣ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٢)

٢- " تطبيق الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدنى بشأن مسئولية البائع عن العجز فى المبيع إذا تبين أن المقدار الحقيقى الذى يشتمل عليه المبيع ينقص عن المقدار المتفق عليه فى العقد والمادة ٤٣٤ منه بشأن تقادم حق المشترى فى طلب إنقاص الثمن أو فسخ العقد بسبب العجز فى المبيع بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً إنما يكون وفقاً لما صرحت به المادة ٤٣٤ فى صدورها فى حالة ما إذا كان مقدار المبيع قد عين فى العقد أما إذا لم يتعين مقداره أو كان مبيناً به على وجه التقريب فإن دعوى المشترى لاتتقادم بسنة بل بخمس عشرة سنة " .

(طعن رقم ٣٣٢١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٨)

مـــادة (٤٣٥)

١- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ما دام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع .

٢- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشترى، قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية .

طرق تسليم المبيع :

لتسليم المبيع طريقـــان هما : التسليم القانونى والحكمى .

ونعرض لهذين الطريقين فيما يلى :

١٥١- أولاً : التسليم القانونى :

(أ) تسليم العقار :

التسليم القانونى هو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ من أن التسليم يكون بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع .

ويتضح من هذا النص أن للتسليم معنى قانونيا ليس مرادفا تماما لمعناه فى اللغة ، إذ ليس يلزم فيه المناولة المادية للشئ المبيع التى تجعل هذا الأخير فى حيازة المشترى الفعليـــة . وإن كانـــت هـــذه الطريقة هى ما يستخدم عادة فى بيوع المنقولات الماديـــة ، وإنمـــا يكفى أن يضع البائع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، فيكون التسليم عندئذ قد تم ولو لـــم يستول المشترى على المبيع استيلاء ماديا مادام البائع قـــد أعلمـــه بوضعه تحت تصرفه وكان وضعه تحت تصرفه على النحو الـــذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع (١).

والحكمة من هذا أن حماية البائع تقتضى أن يتم التسليم بمجـــرد وضع المبيع تحت تصرف المشترى وإعلامه بذلك حتى لايضـــار من امتناع المشترى عن قبض المبيع او تأخيره فى قبضه .

وهذا التسليم يطلق عليه البعض التسليم القانونى باعتبـــار أنـــه لايعقبه تسلم فى بعض الأحيان ، تمييزا عن التسليم الفعلـــى الـــذى يعقبه التسلم (٢).

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٢٩٠ – عبـــد المـــنعم البـــدراوى ص ٤٠٥ ومابعدها .

(٢) سليمان مرقـــس ٣٤٠- منصـــور مصطفى منصـــور ص١٣٩ – عبد الناصر العطار ص ١٩٣- محمد شكرى سرور ص ٢٩٠ .

بينما يؤثر البعض أن يحتفظ بعبارة التسليم الفعلى لكل تسليم مادى ، أعقبه التسلم أو لم يعقبه ، تمييزا له عن التسليم الحكمى [1].

ونحن من الرأى الأول .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" عرض البائع على المشترى أمام المحكمة البضاعة المبيعة هو عرض حقيقى وفقا للمادة ٦٩٧ من قانون المرافعات – القديم- متى كان العقد لم يحدد ميعادا للتسليم . وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى باعتبار المشترى هو المتخلف عن الوفاء قد أثبت أن البائع مازال يعرض البضاعة على المشترى أمام المحكمة وأن هذا الأخير هو الذى كان يأبى تنفيذ الاتفاق ، وأن هذا الذى جرى أمام المحكمة هو ما كان عليه موقف المتعاقدين قبل طرح خصومتهما أمام القضاء . فإن الطعن فيه بالقصور ومسخ الاتفاق المبرم بين الطرفين يكون فى غير محله " .

(طعن رقم ٩٦ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٢/٨)

ويبين مما تقدم أن التسليم القانونى يتم بعنصرين :

---

(١) سمير تناغو ص ٣٣٤- السنهورى ص ٥٨٩ هامش – عبد الناصر العطار ص ١٩٣.

العنصر الأول :

هو وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق . فإذا كان المبيع وحدة سكنية يسكنها البائع ، وجب عليه أن يخليها ويخرج ماله من أثاث وأمتعة منها. وإذا كان المبيع أرضا زراعية وجب على البائع الامتناع عن زراعتها والكف عن جنى محصولها وأخذ ماله من مواشى وآلات ونحو ذلك . أما إذا وجد عائق يحول بين المشترى وحيازة المبيع والانتفاع به ، فإن البائع لايكون قد نفذ التزامه بالتسليم سواء كان العائق راجعا إلى فعل البائع نفسه ، كما لو استمر فى سكنى الوحدة السكنية أو استمر فى زراعة الأرض المبيعة ، أو كان العائق راجعا إلى فعل الغير (تعرض قانونى) أو بغير حق (تعرض مادى) فلا يكون الواهب قد نفذ التزامه إذا وجد من يضع يده على الموهوب غصبا أو مدعيا حقا إلا أن يكون الحق الذى يدعيه شاغل العين نافذا فى حق المشترى كحق المستأجر الذى يثبت تاريخ إيجاره قبل البيع وكثيرا ما يكون إخلاء العقار منطويا فى الوقت ذاته على تمكين المشترى من الاستيلاء على المبيع. ولكن قد يقتضى الأمر أن يسلم البائع المشترى مفاتيح الدار حتى يمكنه من دخولها أو مستندات ملكية المبيع حتى يتمكن من التصرف فيه ، أو عقود الإيجار الواقعة على العين ليتمكن المشترى من التعامل مع مستأجريها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كانت محكمة الموضوع إذ عرضت فى أسباب الحكم لبحث مدى قيام كل من الطرفين بالتزامات عقد البيع بدأت بحث التزام البائع بالتسليم وانتهت إلى أنه عرض على المشترى المبيع عرضا حقيقيا ونفت عنه شبهة التقصير فى الوفاء بهذا الالتزام عرضت لالتزام المشترى بدفع الثمن فسجلت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الالتزام المقابل على الرغم من عرض المبيع عليه عرضا حقيقيا ، فإنه يكون غير منتج النعى على الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين فى وقت واحد ويكون غير صحيح القول بأن محكمة الموضوع رتبت على تقصير المشترى فى الوفاء بالتزامه اعفاء البائع من الوفاء بالتزام مقابل " .

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٣/١٣)

٢- " وضع البيع تحت تصرف المشترى الأمر الذى يتحقق به التسليم طبقا لنص المادة ٤٣٥ من القانون المدنى – يشترط فيه أن يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به " .

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥)

٣ - " متى كان البيع جزافا فإن الملكية فيه تنتقل إلى المشترى بمجرد تمام العقد طبقا للمواد ٤٢٩، ٢٠٤، ٩٣٢ من القانون المدنى ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع كما

يتم تسليم المبيع طبقا للمادة ٤٣٥ بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك " .

(طعن رقم ٢٧٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨)

٤- " مؤدى نص المادة ٤٣٥ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع إعلان المشترى أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى ، بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ولو لم يستول المشترى على المبيع استيلاء ماديا ، فإذا تم التسليم على هذا الوجه انقضى التزام البائع له وبرئت ذمته ، لما كان ذلك وكان الجهتان الطاعنتان قد تمسكتا بسبق تنفيذهما التزامهما بتسليم الأطيان المبيعة إلى المطعون ضده وأخطرتا المستأجرين بالوفاء بالأجرة إليه ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف على قوله " إن الجهة المستأنفة قد أوفت بالتزامها بتسليم المبيع إلى المستأنف عليه المطعون ضده - بموجب محضر تسليم مؤرخ ١٩٦٣/٧/٣١ إلا أنه لايضير تلك الجهة مطالبة المستأنف عليه بصدور حكم بالتسليم طالما أنه لم يطلب التسليم بغير الحالة التى تم الاتفاق عليها عند التعاقد " وكان مؤدى ذلك أن

الحكم المطعون فيه جعل للمشترى الحق فى مطالبة البائع بتسليم المبيع بالرغم من انقضاء هذا الالتزام وبراءة ذمة البائع منه فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩- غير منشور)

٥- " مفاد نص المادة ٤٣٥ من القانون المدنى أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع إعلام المشترى أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ولو لم يستول المشترى على المبيع استيلاء ماديا . فيكفى لتمام التسليم مجرد تغيير النية سواء باتفاق أو بتصرف قانونى مجرد كأن يظل البائع حائزا المبيع باعتباره مستأجرا ويعتبر التسليم فى هذه الحالة حكميا أو معنويا . لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد استخلص سائغا من الأدلة المطروحة عليه أن مورث المطعون عليهم ومن بعده ورثته يضعون اليد بصفتهم مستأجرين للأطيان التى اشتراها الطاعن وهو ما كان مطروحا على المحكمة مما يوجب أن تقول كلمتها فيه وإذ قضى بإجابة الطاعن إلى تسليمه الأطيان المباعة على أن يكون التسليم حكميا فإنه يكون وافق صحيح القانون ".

(طعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/١/٢٠)

٦- " المقرر فى قضاء محكمة النقض أن مناط التـزام البـائع بتسليم العين المبيعة تسليما فعليا إلى المشترى أن يكون البائع هـو حائزها الفعلى بوصفه الفعلى بوصفه مالكا لها أو أن يتفق المتبايعان على هذا التسليم الفعلى فى عقد البيع أو فى اتفاق لاحق عليه " .

(طعن رقم ٩٣٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٩)

العنصر الثانى :

هو إعلام البائع المشترى بأن المبيع وضع تحـت تصـرفه ولا يكفى مجرد علم المشترى بأن المبيع قد أصبح تحت تصـرفه بـل يجب أن يكون علمه بذلك ناتجا عن إخطار البائع له . وهذا القـول واضح من عبارة النص ومن الأعمال التحضيرية فقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٣٥ مدنى يقول " مادام (المشترى) يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه " . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهـذه العبارة عبارة" مادام البائع قد أعلمه بذلك " . وقصد بهـذا التعـديل ضبط الحكم "[١].

ولايلزم لهذا الإعلان شكل خاص ، فهو يـتم بكافـة الطـرق، ولايلزم فيه إعلان رسمى . فإذا توافر العنصران فإن البائع يكـون قد نفذ التزامه بالتسليم ولو لم يكن المشترى قد استولى على المبيـع استيلاء ماديا ، أى بحيازة المبيع .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٧٠ .

فالتسليم مهما كانت طبيعة المبيع تتم بالأمرين السابقين . ولكن طرق التسليم أو كيفية وضع المبيع تحت تصرف المشترى تختلف باختلاف نوع الشئ المراد تسلمه . وقد اكتفى المشرع فى بيان طريقة وضع المبيع تحت تصرف المشترى بقوله فى المادة ٤٣٥ مدنى بأن يحصل التسليم " على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع " (١).

ويعتبر أيضا من قبيل التسليم القانونى فى هذا المعنى إعذار المشترى لتسلم المبيع . فقد نصت المادة ٤٣٧ مدنى على أنه : "إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع".

وإعذار المشترى يكون بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، كما يجوز أن يكون مترتبا على وجود اتفاق فى عقد البيع يقضى بأن يكون المشترى معذرا بمجرد حلول الأجل المعين للتسليم دون حاجة إلى إجراء آخر (م٢١٩ مدنى) (٢).

(ب) تسليم المنقولات :

يتم تسليم المنقولات عادة بتسلمها ماديا، أى بالمناولة من البائع إلى المشترى أو من ينوب عنه . ويجرى هنا التسليم برفعه من

---

(١) خميس خضر ص ١٦٧ ومابعدها .

(٢) سليمان مرقس فى عقد البيع ص ٣٤٠ .

محل البائع أو بتسليمه فى أى مكان آخر لحساب المشترى . فــإذا كان المبيع بضائع بقدر معين يتم تسليمها بنقلها بقصد وضعها تحت تصرف المشترى .

ويحدد طريقة التسليم طبيعة المنقول ومحل وجوده وقت البيــع والعرف والعادات المتبعة .

وإلى جانب هذه الصورة العادية من صور التسليم قد يتم التسليم فى المنقولات بطريقة رمزية ، كتسليم مفتاح المخزن الموجودة فيه المنقولات المبيعة أو مفاتيح الصندوق أو أى مكان آخر يحتوى هذا المنقول – بشرط عدم وجود عائق من وضع يد المشترى عليــه أو تسليم السندات التى تمثل البضاعة المبيعة أو تمكين المشترى مــن حيازتها مثل سندات الشحن حيث يكون المنقول قد سلم إلــى أمــين النقل، وسندات الإيداع عندما يكون المنقول مودعا فى أحد المخازن العمومية .

وقد يتم التسليم الرمزى عن طريق وضع المشــترى اســمه أو علامته على المنقول . ويترتب على هذه الطريقة تمام التسليم ليس فقط فى علاقة الطرفين بل وبالنسبة للغير أيضا .

ولكن يلاحظ أن التسليم الرمزى الذى يتم عــن طريــق تســلم المستندات هو أضعف فى قوته من التسلم الفعلى أو المادى . ولهذا نص المشرع فى المادة ٩٥٤ مدنى على أن : " ١- تسلم السندات

المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها .

٢- على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة ".

ومعنى هذا أن التسليم الرمزى المشار إليه لاينتج أثره في مواجهة الغير حسن النية ، وأنه حيث يتعارض التسليم الرمزى مع التسليم المادى كانت الأفضلية للثانى [1].

١٥٢ـ ثانيا : التسليم الحكمى :

يقوم مقام التسليم القانونى ، التسليم الحكمى ، وهو ما تطلق عليه مذكرة المشروع التمهيدى تعبير التسليم المعنوى ، وهو التسليم الذى يقع بمجرد تراضى المتعاقدين وذلك بالاتفاق على تغيير صفة الحيازة إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ على أن : "ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية " ويتميز التسليم الحكمى بذلك عن التسليم القانونى بأنه اتفاق أو تصرف قانونى وليس عمل مادى [2].

---

(١) عبد المنعم البداروى ص ٤٠٧ ومابعدها - أنور سلطان ص ٢٣٦ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٥٩٣ - محمد لبيب شنب ص ١٣٤ .

فالتسليم الحكمى له صورتان :

الصورة الأولى :

أن يكون المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع بإجارة أو إعارة أو وديعة أو رهن أو نحو ذلك ، ثم يقع البيع فيكون المشترى له حائزا فعلا للمبيع وقت صدور البيع ، ولايحتاج إلى استيلاء مادى جديد ليتم التسليم وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع فى حيازته كمالك له عن طريق البيع وليس بالصفة السابقة.

الصورة الثانية :

أن يبقى المبيع فى حيازة البائع بعد البيع ، ولكن لا كمالك فقد خرج من ملكيته بالبيع بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهنا حيازيا أو غير ذلك بعقد جديد يبرم بين الطرفين .

وهذه الصورة ليست إلا تطبيقا للقاعد العامة الواردة فى باب الحيازة حيث تنص المادة ٩٥٣ مدنى على أنه : " يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه فى الحيازة أو استمر الخلف واضعا يده ، ولكن لحساب نفسه"[١].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٣٤ – أنور سلطان ص ٢٣٨ – خميس خضر ص ١٧٠ .

والتسليم فى هذه الصورة وإن كان ينتج أثره فيما بين المتعاقدين إلا أنه لايمكن أن يضر بالغير حسن النية ، فإذا تصرف البائع فـــى المنقول مرة ثانية وتسلمه المشترى فإنه يفضل المشترى الأول، لأن التسليم الأول كان تسليما حكميا خاليا من أى مظهر خارجي يستدل منه على حصول البيع الأول [١].

١٥٣ـ تسليم الحصة الشائعة للمشترى :

المقرر أن للشريك فى المال الشائع الحق فى بيع حصة شـــائعة أو مفرزة ، فإن باعها شائعة نفذ البيع فى حق باقى الشركاء بحيث إذا قام بتسجيل العقد ، كان هو دون الشريك البائع صاحب الحق فى إجراء قسمة المال الشائع ، ويكون له الحق قبل التسجيل فى طلـــب تسلم تلك الحصة الشائعة وذلك بتمكينه من الانتفاع بها على نحو ما كان ينتفع بها البائع له وعدم إنكار باقى الشركاء حقه فـــى ذلـــك ، ولاينال من تسليم الحصة الشائعة أن تتوافر الحيازة المادية لمـــدير المال الشائع ، لأن الأخير يحوز لصالح جميع الشركاء .

أما إذا باع الشريك فى الشيوع حصة مفرزة ، فـــإن المشـــترى لايجوز له طلب تسليم تلك الحصة مفرزة لتعارض ذلك مع أحكـــام

---

(١) أنور سلطان ص ٢٣٩- عبد المنعم البـــدراوى ص ٤٠٩ ومابعـــدها- سليمان مرقس ص ٣٤٢ .

الشيوع التى لاتجيز إفراز الحصص إلا بموجب القسمة ، سواء كانت رضائية أو قضائية[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكيته دون باقى الشركاء ، والتسليم الفعلى للمبيع فى البيع على الشيوع - وعلى ما جرى به نص المادة ٤٣٥ من القانون المدنى- يتم بمجرد وضع القدر المباع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به خلفا للبائع فى حقوقه وهو مالا تنتهى به حالة الشيوع ولايعتبر قسمة للمال الشائع " .

(طعن رقم ١٠٤ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/٢/٧)

١٥٤ـ لا يجوز لمشترى قدر مفرز فى العقار الشائع طلب التسليم مفرزا :

وقد وأضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر فى الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٩ق بجلسة ١٩٧٤/١٢/٣ بقولها :

"لايجوز للمشترى لقدر مفرز فى العقار الشائع أن يطالب- بالتسليم مفرزا لأن البائع له - الشريك على الشيوع- لم يكن يملك

---

(١) المستشار أنور طلبه المطول فى شرح القانون المدنى الطبعة الأولى جـ٦ ص ٤٨١ .

وضع يده على حصة مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشركاء جميعا ، ولايمكن أن يكون للمشترى حقوق أكثر مما كان لسلفه ، هذا إلى ما يترتب على القضاء بالتسليم فى هذه الحالة من إفراز ، لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون ".

(طعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣)

١٥٥ـ التسليم فى بيع البضاعة F.o.B :

مقتضى بيع البضاعة F.o.B أن تسليم البضاعة لايتم إلا بشحنها على ظهر السفينة، ولايغنى عن ذلك إعدادها للشحن ، ومن ثم فلا مجال للتمسك بما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ مدنى من أن التسليم يحصل على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع .

وفى هذا قضت محكمة بأن :

" مقتضى بيع البضاعة F.o.B أن تسليم البضاعة لا يتم إلا بشحنها على ظهر السفينة ، ولايغنىعن ذلك مجرد إعدادها للشحن، ومن ثم فلا محل للتحدى من جانب البائع بما تنص عليه المادة ١/٤٣٥ من القانون المدنى من أن التسليم يحصل على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع " .

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣)

١٥٦ـ تسليم الأشياء المعنوية :

يخضع تسليم الأشياء المعنوية للقاعدة العامـة التـى أوردهـا المشرع فى المادة ٤٣٥ ، بمعنى أن على البائع القيام بجميـع مـا يلزم وفقا لطبيعة الشئ المبيع لوضعه تحت سلطة المشترى الفعلية. والشئ المبيع قد يكون حقا شخصيا كدين أو حقا عينيا كحق ارتفاق، فإذا كان حقا شخصيا فيتم تسليمه بتسليم السندات المثبتة له ، مـع ملاحظة أنه فى حوالة الحق لايكفى تسليم سند الدين ، بـل يجـب كذلك تسليم ما يثبت نفاذ الحوالة فى مواجهة المحال عليه ، أى مـا يثبت قبوله الحوالة أو حصول إعلانه بها . وإذا كان حقا عينيا فيتم تسليمه بتسليم السندات المثبتة له وبالسماح للمشترى باستعماله. فإذا لم توجد مثل هذه السندات كما لو كان المبيع حق ارتفـاق يقـرره المالك للغير على عقاره فى مقابل مبلغ من النقود فيكفـى السـماح للمشترى باستعمال الحق ، وإن كان استعمال الحق فى الواقع أقرب إلى قرينة على حصول التسليم منه إلى طريقة من طرق التسـليم ، ولذا يعتبر تسليم الحق فى هذه الصورة قد تم بمجرد التراضى وأن سماح البائع للمشترى باستعماله قرينة على ذلك[١] .

---

(١) أنور سلطان ص ٢٣٧ ومابعدها .

جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم :

١٥٧- تطبيق القواعد العامة :

إذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع أو تأخر فيه كان للمشترى أن يرجع عليه – حسب اختياره- إما بطلب تنفيذ العقد أو بفسخه ، وذلك بعد إعذاره ، وفقا للقواعد العامة . فالبيع من العقود الملزمة للجانبين وهو بالتالى يخضع لحكم المادة ١٥٧ مدنى التى تقضى بأنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض .

١- فالأصل أن البائع ملزم بتسليم المبيع ، ولايستطيع أن يطلب إلى المشترى أن يقنع بتعويض ، مادام التنفيذ العينى بتسليم المبيع ممكنا . فللمشترى أن يطالب إذن بالتسليم ويجبر البائع عليه ، فإذا كان المبيع عينا معينة كان للمشترى طلب تسليمها جبرا على البائع متى كان ذلك التسليم ممكنا ، وهو يكون ممكنا مادامت العين فى يد البائع . أما إذا استحال التنفيذ العينى بسبب تصرف البائع فى العين فإنه لايبقى أمام المشترى إلا أحد أمرين : طلب التنفيذ عن طريق التعويض ، وطلب الفسخ وإذا كان المبيع من الأشياء المعينة بالنوع فقط ولم يقم البائع بإفرازها أو لم يسلمها كان للمشترى الحق فى أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقه المدين بعد استئذان

القضاء أو بدون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقسمة الشئ مع التعويض .

٢- أما إذا لم يكن التنفيذ العينى ممكنا على النحو السالف ، ولم يثبت البائع أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لايد له فيه، أو أمكن التنفيذ العينى ولكن المشترى طلب التعويض ولم يبد البائع استعداده للتنفيذ العينى ، ففى هذه الحالة يكون التنفيذ بطريق التعويض ، ولايسع القاضى إلا أن يحكم بالتعويض عن عدم التنفيذ إذا توافرت شروطه جزاء عدم تنفيذ الالتزام وذلك وفقا لقواعد المسئولية العقدية . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر البائع فى تنفيذ التزامه بالتسليم والأحكام السابقة ليست سوى تطبيق للمبادئ العامة، تلك المبادئ التى أجملتها المادتان٢٠٣/١، ٢١٥ من التقنين المدنى.

فقد قضت الفقرة الأولى من المادة ٢٠٣ مدنى على أن : " يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ ، ٢٣٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا " .

ونصت المادة ٢١٥ على أن : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه : ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه " .

٣- وللمشترى فضلا عما تقدم أن يطلب فسخ البيع جزاء عـدم تنفيذ البائع التزامه بالتسليم، وذلـك طبقـا للمـادة ١٥٧ مـدنى . وللمشترى طلب الفسخ مادام عدم التنفيذ غير راجع لسبب أجنبى ، بأن يكون التنفيذ العينى أصبح مستحيلا بفعل البـائع ، أو لايـزال ممكنا ولكن البائع لم يقم بتسليم المبيع .

وقد رأينا أن تنفيذ التزام البائع عن طريـق التعـويض طبقـا لأحكام المسئولية العقدية يجوز للمشترى المطالبة فى هذه الحالـة ، فيكون له الخيار بين المطالبة بالتعويض علـى أسـاس المسـئولية العقدية ، أو المطالبة بالفسخ ويجوز أن يتفق المتعاقـدان علـى أن العقد لايفسخ عند عدم التنفيذ ، وأن يقتصر المشترى على المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية .

ويستعمل المشترى حقه فى الفسخ وفقا للقواعد العامـة. فعليـه إعذار المدين مطالبا إياه بالتنفيذ مثل طلـب الفسـخ . علـى أنـه لاضرورة للإعذار قبل طلب الفسخ إذا صرح البـائع كتابـة بأنـه لايريد أن يسلم المبيع ، أو إذا أصبح التسليم غير ممكـن أو غيـر مجد بفعل البائع ، أو إذا اتفق على أنه بمجرد حلول أجـل التسـليم يعتبر البائع معذرا (م٢١٦ ، ٢٢٠) .

ولابد من رفع دعوى وصدور حكم بفسخ البيع لعـدم التسـليم. ويكون حكم القاضى منشئا للفسخ لا مقررا له . على أنـه يجـوز

الاتفاق على أن يعتبر البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم التسليم ، على أن هذا الاتفاق لايعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (م١٥٨) وفى هذه الحالة الأخيرة لايمنع هذا الشرط المشترى من طلب تنفيذ البيع دون فسخه ، فالبيع لايعتبر مفسوخا إلا إذا أظهر المشترى رغبته فى ذلك ، فلا يقبل من البائع أن يتمسك بالفسخ إذا لم يتمسك به المشترى وفى الفسخ القضائى يجوز للقاضى أن يمنح البائع أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، ويترتب على فوات هذا الأجل القضائى دون تنفيذ البائع التزامه بالتسليم اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه حتى لو لم ينص القاضى فى حكمه على ذلك .

كما يجوز للقاضى أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يسلمه البائع قليل الأهمية بالنسبة إلى جملة ما يجب تسليمه (م ١/١٥٧) وللمشترى من جانبه أن يعدل ، قبل الحكم ، عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ ، وله إذا رفع دعوى التنفيذ أن يعدل عنه إلى الفسخ. فلا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب أى منهما نزولا منه عن الطلب الآخر . وللبائع أيضا ، قبل صدور الحكم النهائى ، أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ [١].

---

(١) راجع فى هذا عبد المنعم البدراوى ص ٤١٥ ومابعدها- محمد شكرى سرور ص ٢٩٨ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كانت المحكمة قد قررت أن للمشترى عند تأخير البائع فى التسليم الخيار بين طلب التنفيذ العينى أو طلب فسخ البيع مع التضمينات فى الحالتين، كما له لو كان رفع دعواه بطلب التسليم أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ ، وليس فى رفع دعواه بأى من هذين الطلبين نزولا عن الطلب الآخر ، فإن هذا الذى قررته المحكمة صحيح فى القانون " .

(طعن رقم ٢٤٩ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/١٢/٢٥)

٢- " لما كان عقد البيع موضوع النزاع قد حدد تاريخا معينا لتنفيذ التزامات كل من الطرفين ، ولم يرد به أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بدون تنبيه إذا لم يقم كل طرف بما تعهد به خلال المدة المبينة فى العقد ، مما ينبنى عليه أن يكون للمحكمة حق تقدير الأسباب التى بنى عليها طلب الفسخ للحكم بإجابة هذا الطلب أو رفضه ... الخ ".

(طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٥/١٤)

وسواء طلب المشترى التنفيذ العينى أو الفسخ ، فإنه يجوز له أن يطلب تعويضا عما أصابه من ضرر من جراء إخلال البائع بإلتزامه بالتسليم ، بشرط أن يثبت هذا الضرر ، وأن يكون قد أعذر البائع بوجوب التسليم (م١٥٧/١ مدنى).

ويقدر التعويض بقدر الضرر الذى أصاب المشترى . فإن كان يطلب التعويض عن التأخر فى التسليم قدر بقيمة ثمار المبيع منذ الوقت الذى كان يجب التسليم فيه إلى حين تمام التسليم ، وذلك بعد خصم فوائد ما تبقى من الثمن غير المدفوع فى ذمة المشترى .

أما إن كان يطلب التعويض عن عدم التسليم أصلا ، قدر بمقدار الفرق بين الثمن المتفق عليه وثمن السوق فى اليوم المحدد للتسليم.

ويثير المقصود بثمن السوق هذا خلاف فى الغرض الذى يكون فيه المبيع سلعة خاضعة للتسعير الجبرى وتباع عملا فى السوق السوداء بأثمان تتجاوز بكثير هذا السعر ، فبينما يرى البعض أن العبرة فى هذا الشأن بالسعر الرسمى ، يرى البعض الآخر جواز تقدير التعويض بالنظر إلى القيمة الفعلية للمبيع فى السوق السوداء[1]، وهذا ما نرى الأخذ به .

وقد يتفق المتبايعان فى عقد البيع على أنه إذا تأخر البائع فى تسليم المبيع كان للمشترى فسخ العقد ، ومثل هذا الاتفاق يجعل الفسخ من خيار المشترى ، فإذا اختاره أجابه القاضى إلى طلبه وفقا للقواعد العامة فى هذا الشأن ، ولكن لايجوز أن يختار المشترى الفسخ فى هذه الحالة ويعدل عنه إلى طلب التنفيذ [2].

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٢٩٨ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص هامش ٦٠٥ هامش (١) .

مـادة (٤٣٦)

إذا وجب تصدير المبيع للمشترى فلا يتم التسليم إلا إذا وصـل إليه ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ».

١٥٨ـ كيفية التسليم فى حالة تصدير المبيع للمشترى :

إذا كان يجب تصدير المبيع إلى المشترى فى مكان غير المكان الذى هو فيه ، كبضائع يشحنها البائع للمشترى ، فإن القواعد العامة تقضى بأن يكون التسليم فى مكان محطة الشحن لأنها مركز أعمال البائع المدين بالتسليم ، فيتم التسليم فى هذا المكـان وفـى وقـت الشحن . وفى هذا الوقت أيضا يتم إفراز المبيع إذا كان فى الأصل شيئا غير معين إلا بنوعه ، فتنتقل الملكية إلى المشترى وتكون تبعة الهلاك عليه فى الطريق .

غير أن المادة ٤٣٦ تضمنت حكما هو اسـتثناء مـن القواعـد العامة، وهو أن التسليم يكون عند وصول المبيع إلى المشـترى أى عند التفريغ ، ويكون ذلك فى موطن المشترى الـذى هـو دائـن بالتسليم، لا عند الشحن الذى هو موطن البائع وهو المدين بالتسليم .

وهذا إذا لم يتفق المتعاقدان على أن يكون التسليم فى مكان آخر ، فقد يتفق الطرفان على أن البائع يبرأ من التزامه بالتسـليم بمجـرد تسليم البضاعة إلى أمين النقل وإرسـال مسـتندات الشـحن إلـى المشترى [١].

---

(١) السنهورى ص ٥٩٩ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ١٥٠ .

غير أنه إذا كان هناك عرف جارى فى المسائل التجارية فإنــه يكون هو واجب الاتباع ، عند عدم وجود اتفاق بين الطرفين [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"على أنه إذا كان المبيع واجب التصدير إلى المشترى ، فمكان التسليم ، إذا لم يوجد اتفاق على غيره ، هو المكان الذى يصل فيــه الشئ إلى المشترى ، فالعبرة بالوصول لا بالتصــدير (م٥٧٧ مــن المشروع وقد أخذت عن المادة ٤٠٦ من التقنين اللبنانى ولا نظيــر لها فى التقنين الحالى) ، ويترتب على ذلك أن هــلاك الشــئ فــى الطريق يتحمل تبعته البائع لا المشترى (أنظر فــى هــذا المعنــى التقنين التونسى م ٥٥٨- ٥٨٩ والتقنين المراكشى م٤٩٦ ، وقارن التقنين الألمــانى م ٤٤٧ والتقنــين البولــونى م ٣٠١ والتقنــين البرازيلى م ١١٢٨ والتقنين الصينى م ٣٧٤) ، علــى أن الأمــر يتوقف على قصد المتعاقدين وعلى العرف فى التجارة ، والأولى أن يقتصر الحكم الذى أتى به المشروع على التقنــين المــدنى ويأخــذ بالحكم الآخر التقنين التجارى " [٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٦١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٤ ص ٧٢ .

مـــادة (٤٣٧)

إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيــه ، انفسـخ البيع واسترد المشترى الثمن إلا إذا كـان الهـلاك بعـد إعـذار المشترى لتسلم المبيع .

الشـــرح

تبعة هـلاك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه :

١٥٩ـ المقصود بتبعة الهلاك :

يقصد بتبعة الهلاك ، تحديد من يتحمــل تبعــة الهــلاك مــن المتعاقدين ، إذا هلك المبيع بسبب أجنبى لا يد للبائع ولا للمشــترى فيه .

والمقصود بالهلاك المنصوص عليه بالمادة هــو زوال الشــئ المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة ســماوية أو حــادث مادى بفعل إنسان ، ومن ثم فإن تأميم الشئ أو استيلاء الهيئة العامة للإصلاح الزراعى- بعد البيع- على قدر من الأطيان المبيعة لايعد هلاكا تسرى عليه أحكام الهلاك فى البيع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الهلاك المنصوص عليه فى المــادة ٤٣٧ مــن القــانون المدنى هو – على ما جرى به قضاء محكمة النقض- زوال الشــئ

المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ومن ثم فإن استيلاء الإصلاح الزراعى – بعد البيع – على قدر من الأطيان المبيعة لايعد هلاكا لهذا القدر تجرى عليه أحكام الهلاك فى البيع " .

(طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١)

٢- " الهلاك المعنى بنص المادة ٤٣٧ من القانون المدنى- التى تجعل تبعة الهلاك على المشترى بعد انتقال الحيازة إليه بالتسليم هو – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – زوال الشئ المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية وهو ما لايصدق على التأميم" .

(طعن رقم ١٨٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦)

٣- " لايجدى الطاعنة ادعاء (الشركة البائعة) بأن عقد البيع (ومحله أرض أكلها النهر) قد انفسخ لاستحالة تنفيذه بصدور القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ فى شأن طرح النهر وأكله ، لأنه وإن كان هذا القانون قد منع تسليم أرض من طرح النهر لأصحاب أرض أكلها ، النهر وقصر التعويض عنها على ما يعادل قيمة الأرض إلا أن ذلك ليس من شأنه أن يحرم المشترى من حقه فى الحصول على مقابل عن هذه الأرض .

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٦)

٤- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الهلاك المنصوص عليه فى المادة ٤٣٧ من القانون المدنى هو زوال الشئ

المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ، ولا يعد استيلاء الاصلاح الزراعى على الأطيان المبيعة بعد المبيع هلاكا لها تجرى عليه أحكام الهلاك فى البيع " .

(طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٢/١٦)

٥- " الهلاك المنصوص عليه فى المادة ٤٣٧ من القانون المدنى، هو زوال الشئ المبيع بمقوماته الطبيعية ، ولايعد استيلاء الاصلاح الزراعى على الأطيان المبيعة بعد البيع هلاكا لها تجرى عليه أحكام الهلاك فى البيع وتطبيق أحكام ضمان الاستحقاق لايكون إلا حيث يرجع المشترى على البائع بهذا الضمان على أساس قيام عقد البيع أما إذا اختار المشترى سبيل المطالبة بفسخ العقد فإنه لا مجال لتطبيق هذه الأحكام . ولما كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن المطعون عليه رفع دعواه بطلب فسخ عقد البيع بسبب استيلاء جهة الاصلاح الزراعى على الأطيان المبيعة، وقضى على الأساس السالف ذكره بإلزام الطاعنين برد الثمن الذى قبضه مورثهم - البائع- من المطعون عليه ، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ".

(طعن رقم ١١٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٥)

كما أن بيع البضاعة المتعاقد عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل فى النزاع القائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لايؤدى إلى انفساخ العقد ولايسوغ فى ذاته الفسخ.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" بيع البضاعة المتعاقد عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل فى النزاع القائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لايؤدى إلى انفساخ هذا العقد ولايسوغ فى ذاته الفسخ إذ أن بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشئ المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع ذلك أن الهلاك الذى نصت عليه المادة ٢٩٧ من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة ٤٣٧ من القانون الجديد هو زوال الشئ المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعة بسبب آفة سماوية أو حادث مادى بفعل إنسان ، أما بيع الشئ بأمر القضاء المستعجل خشية التلف فهو إجراء وقتى قصد به صيانة الشئ المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ونقل النزاع الذى كان دائرا حول عين معينة إلى بديلها وهو الثمن المتحصل من بيعها وهو الذى ينصرف إليه أثر عقد البيع " .

(طعن رقم ٧٤ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢١)

والمفروض فى هذه الحالة ، أن يكون المبيع معينا بذاته ، أما إذا كان معينا بنوعه ، فلن تعرض مسألة تبعة الهلاك ، لأن ذاتية المبيع لم تتحدد بعد حتى يقال أنه قد هلك . فإذا التزم البائع بتسليم عشرين أردبا من القمح ، معتمدا على تسليم ذلك من القمح الموجود المخزون لديه ، ثم احترق المخزن بما فيه ، فلا يعتبر احتراق

القمح الموجود فى المخزن هلاكا للمبيع ، لأن المبيع لم يتعين بذاته، ولن يؤدى احتراق القمح إلى جعل التزام البائع بالتسليم مستحيل التنفيذ ، طالما أن هناك قمحا موجودا فى السوق يمكن للبائع أن يفى منه بالتزامه ، ويعبر عن هذا بأن المثليات لا تهلك . وهذا بخلاف ما إذا تحددت ذاتية القمح بإفرازه ، فإنه فى هذه الحالة يصبح معينا بالذات ، وتثور بالنسبة له مسألة تبعة الهلاك[1] .

والمفروض أيضا أن الهلاك قد وقع بسبب أجنبى كقوة قاهرة أو فعل الغير . أما إذا كان الهلاك بفعل البائع أو تقصيره فإنه يكون مسئولا قبل المشترى عن إخلاله بالتزامه ، فيكون للمشترى طلب فسخ العقد ، ويتحلل بذلك من التزامه بدفع الثمن ، أو يسترده إذا كان قد دفعه، كما يلتزم البائع فوق ذلك بالتعويض .

وإذا كان الهلاك بفعل المشترى ، فطبيعى أن يتحمل نتائج فعله ويبقى ملتزما بدفع الثمن [2].

وقبل أن نعرض لكم تبعة الهلاك قبل التسليم فى عقد البيع ، نعرض لحكم القواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين .

---

(١) عبد الودود يحيى ص ١٠٦- عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٣ .

(١) عبد الودود يحيى ص ١٠٦ ومابعدها - عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٣.

١٦٠- حكم القواعد العامة في تحمل تبعة الهلاك قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه :

تقضى المادة ١٥٩ مدنى بأنه : " فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " . والمفروض أن الالتزام الذى ينقضى لاستحالة تنفيذه هو الذى ترجع استحالة تنفيذه إلى سبب أجنبى ، فقد نصت المادة ٣٧٣ على أنه : " ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه بسبب أجنبى لايد له فيه " ، وكذلك نصت المادة ٢١٥ على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لايد له فيه " .

ومن مجموع هذه النصوص يظهر أن الالتزام لاينقضى لسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبى، وما لم يثبت المدين السبب الأجنبى بقى ملزما بالعقد وحكم عليه بالتعويض لعدم التنفيذ ما لم يطلب الدائن الفسخ القضائى .

ومتى انقضى الالتزام بسبب الاستحالة ، فلا يبقى محل إلا لانفساخ العقد . وانفساخ العقد هنا هو انفساخ بقوة القانون ومن تلقاء نفسه . وإذا التجأ الدائن للقضاء فإنما يكون ذلك ليتقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبى أمر محقق . وإذ قام نزاع فى ذلك .

فحكم القاضى هنا ليس منشئا للفسخ ولكنه مقرر . ومتى انفسخ العقد هكذا بحكم القانون سقط عن الطرف الآخر التزامه ، أى لم يستطع المدين الذى استحال عليه تنفيذ التزامه أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل ، لما بين الالتزامين المتقابلين من ارتباط. ولهذا يقال إن المدين هو الذى يتحمل تبعة الهلاك أو الاستحالة فى العقد الملزم للجانبين .

ويترتب على انفساخ العقد ما يترتب على الفسخ القضائى من آثار ، فيعاد الطرفان إلى حالتهما قبل التعاقد ، ولا محل للتعويض لأن المدين قد انقضى التزامه لسبب أجنبى (١).

١٦١. تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه :

طبق القانون المدنى حكم القواعد العامة فى تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبائع فيه بنص خاص هو المادة (٤٣٧) يجعل تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم . فلم يجعل هذا النص مناط تبعة الهلاك هو انتقال الملكية كما تقضى القواعد العامة ، وإنما جعلها مرتبطة بالتسليم .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٣ ومابعدها – سمير تناغو ص ٣٤٣ ومابعدها – محمد شكرى سرور ص ٣٠٧ .

ويبرر مسلك القانون المصرى ، أن الالتــزام بالتســليم لــيس التزاما قانونيا ، فالملكية لا تخلص للمشترى فعلا إلا بالتسليم ، لأن التسليم هو الذى يمكن المشترى فعلا من الانتفاع بالمبيع ، والتسليم هو الذى يفى المشترى خطر تصرف البائع فى المبيع مــرة ثانيــة للغير ، إذ الغالب ألا يقدم الغير على الشراء من البائع ، إلا إذا كان المبيع تحت يده .

ويترتب على هذا أن تبعة الهلاك تنتقل مع الحيــازة ، لا مــع الملكية . فإذا هلك المبيع تحت يد البائع ، فإن هلاكه يكون عليــه، ولو كانت الملكية قد انتقلت إلى المشترى ، كما لــو كــان المبيــع منقولا بالذات انتقلت ملكيته بجرد العقد .

وإذا كان المشترى قد تسلم المبيع ، فإن الهلاك يكون عليه حتى ولو كانت الملكية لم تنتقل إليه بعد ، كما لو كان المبيع عقارا وهلك قبل إتمام الإجراءات اللازمة لنقل ملكية العقار [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" هذه النصوص (٥٨١- ٥٨٣) تعرض لبيان تبعة هلاك المبيع قبل التسليم . وقد استبقى المشروع هنا أحكام التقنين الحالى ، فجعل

---

(١) السـنهورى ص ٦١١ ومابعـدها - عبـد الـودود يحيـى ص ١٠٧ ومابعدها- خميس خضر ص ١٨٣ ومابعدها - محمد لبيب شنب ١٥١ ومابعدها .

التبعة على البائع قبل التسليم ، خلافا للتقنينات اللاتينية ، وأخذا بأحكام الشريعة الإسلامية ، وتطبيقا لقواعد الفسخ فى العقد الملزم للجانبين. أما بعد التسليم فبديهى أن تبعة الهلاك تكون على المشترى ، وكذلك يكون الأمر إذا أعذر المشترى بالتسلم فلم يتسلم " [١].

١٦٢ـ المقصود بالتسليم الذى ترتبط به تبعة الهلاك :

الراجح فى تحديد المقصود بالتسليم الذى ترتبط به تبعة الهلاك هو التسليم القانونى أى الذى يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، وأعلمه بذلك . فلا يشترط أن يكون المشترى قد تسلم المبيع فعلا ووضع يده عليه [٢].

مع ملاحظة أن إعلام المشترى بوضع المبيع تحت تصرفه يجب أن يتم هنا عن طريق الإعذار أى بإنذار رسمى ، أو بما يقوم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٧٥ .

(٢) عبد الودود ويحيى ص ١٠٨ – محمد لبيب شنب ص ١٥٢- عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٧- منصور مصطفى منصور ص ١٤٤- سليمان مرقس ص ٤٧٠- خميس خضر ص ١٨٤- وعكس ذلك السنهورى ص ٦١٣ فيرى أن العبرة بالتسليم الذى يتم به نقل الحيازة، لا بالتسليم الذى يتم به نقل الملكية . وبهذا الرأى تأخذ مذكرة المشروع التمهيدى فقد جاء بها: " ويتبين من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية " .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٧٥) .

مقام الإنذار ، وذلك خلافا للأصل فى حصـول التسـليم وهـو أن الإعلام لايشترط له شكل خاص . ويبرر هذا الخروج على الأصل أن انتقال التبعة مسألة لها خطورتهـا فيجـب أن يكـون إعـلان المشترى بوضع المبيع تحت تصرفه قد تم بطريق مـن شـأنه أن ينبهه إلى هذه الخطورة [١].

١٦٣ـ تبعة الهلاك فى حالة إعذار البائع المشـترى لتسـلم المبيـع :

إذا أعذر البائع المشترى لتسلم المبيع ، ولكنه امتنع وتأخر عن تسلمه ، ثم هلك المبيع قبل التسليم فإن هلاكه يكون على المشـترى لا على البائع . لأنه من وقت الإعذار يعتبر المبيع فى حكم الشـئ المسلم للمشترى .

ويشترط فى الإعذار أن يكون قد حصل والمبيع واجب التسـليم أى أن أجل التسليم قد حان إذ أن للمشترى أن يمنع عن التسلم قبـل هذا الأجل إلا أن يكون هذا الأجل قد اشترط لصالح البائع وحده إذ يجوز له عندئذ النزول عنه [٢].

وقد يتفق فى عقد البيع ، على أن المشترى ملزم بتسلم المبيـع فى يوم معين دون حاجة إلى إعذاره بذلك . ففى هذه الحالة يعتبـر

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٥ .

(٢) السنهورى ص ٦١٤ وهامش (٢)- عبد المنعم البـدراوى ص ٤٢٩- محمد لبيب شنب ص ١٦٤ .

المشترى معذرا بمجرد حلول اليوم المعين للتسليم طبقـا للقواعـد العامة ، فإذا هلك المبيع بعد ذلك كان هلاكه على المشترى ولو لـم يكن قد تسلمه فعلا [1].

١٦٤ـ تبعة هلاك المبيع أثناء حبس البائع له :

إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهـلاك علـى المشترى ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع (م٤٦٠ مدنى) .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ٤٦٠) .

١٦٥ـ تبعة الهلاك فى البيع المعلق على شرط :

إذا كان عقد البيع معلقا على شرط فاسخ ، فإن جميع آثار العقد تترتب فى الحال ، وتنشأ منه جميع التزاماته منجزة ، وإنما يعلـق فسخها على شرط . وبناء على هذا فإن تبعة الهلاك فى هذا البيـع تحكمها دون صعوبة القواعد السابقة . فإذا هلك المبيع قبل التسـليم كان هلاكه على البائع ، وإن هلك بعد التسليم كـان هلاكـه علـى المشترى ، ولو تحقق الشرط بعد ذلـك . ولـيس معنـى الأثـر الرجعى لتحقق الشرط اعتبار التسليم الذى تم بالفعل كأن لم يكن إذ تقضى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٠ مدنى بأن : " لايكون للشـرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غيـر ممكـن لسبب أجنبى لا يد له فيه " .

---

(١) السنهورى ص ٦١٤ .

أما إذا كان البيع معلقا على شرط واقف ، فمعنى ذلك أن جميع آثاره تظل معلقة ، ولا ينشأ منه التزام ما لا على البائع ولا على المشترى . ويترتب على هذا أنه لو هلك المبيع قبل تحقق الشرط كان هلاكه على البائع وهو مازال مالكا أيضا، وحال هلاك الشئ دون نشوء أى التزام من العقد وترتب أى أثر عليه حتى لو تحقق الشرط بعد ذلك . وإذا وقع الهلاك بعد تحقق الشرط والمبيع لم يسلم بعد إلى المشترى كان الهلاك على مقتضى القاعدة العامة على البائع ، وانفسخ البيع بقوة القانون [1].

١٦٦ـ عدم تعلق أحكام تبعة الهلاك بالنظام العام :

قاعدة تحميل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على أساس آخر لانتقال تبعة الهلاك . فقد يتفق على أن تكون التبعة على المشترى بمجرد العقد ، أو بمجرد انتقال الملكية . وقد يتفق على أن تكون التبعة على البائع طالما أن الملكية لم تنتقل إلى المشترى ولو كان المبيع قد سلم إليه [2].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٣١ ومابعدها .

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٦٤ – عبد المنعم البدراوى ص ٤٣٠- المستشار أنور طلبه ص ٤٨٩ .

مـــادة (٤٣٨)

إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشترى إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن .

الشـــرح

١٦٧ـ تطبيق قاعدة الربط بين تبعة الهلاك والتسليم فى حالة الهلاك الجزئى :

تتناول المادة حالة نقص قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه. ويلاحظ عليها أنها لم تشر– كما فعل المشرع فى المادة ٤٣٧– إلى نقص قيمة المبيع لسبب لا يد للبائع فيه ، ومع ذلك فإن هذا هو الفرض الذى يقصده المشرع لأن قصر الجزاء الذى وضعه على الفسخ أو طلب الإنقاص لا يكون إلا إذا كان التلف لسبب أجنبى فلو كان التلف بخطأ البائع لكان من حق المشترى– إلى جانب الإنقاص أو الفسخ – الحق فى التنفيذ العينى أى طلب إصلاح التلف .

وقد أوضحت مذكرة المشروع التمهيدى أن المقصود هو التلف بقوة قاهرة إذ تقول : "وفى كل ما تقدم (م٥٨١-٥٨٢) يفترض أن الهلاك بقوة قاهرة ... " [(١)].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٧٩ (والمادتان ٥٨١، ٥٨٢ المشار إليهما تقابلان المادتين ٤٣٧ ، ٤٣٨) .

وعلى ذلك إذا نتج عن السبب الأجنبى هلاك جزئى للمبيع بتلفه، فإن قاعدة الربط بين تبعة الهلاك والتسليم ، التى طبقتها المادة السابقة فى حالة الهلاك الكلى ، تكون واجبة التطبيق . فتكون تبعة الهلاك الجزئى على البائع إذا كان التلف قد حدث قبل التسليم بصرف النظر عن انتقال الملكية .

غير أن طريقة تحميل البائع تبعة التلف تختلف باختلاف ما إذا كان التلف جسيما أو غير جسيم على النحو الآتى :

١- التلف الجسيم :

يكون التلف جسيما ، إذا كان قد أنقص قيمة المبيع بدرجة كبيرة بحيث لو طرأ هذا الهلاك قبل العقد ، لما أتم المشترى العقد[١].

فى هذه الحالة يكون للمشترى إما أن يطلب الفسخ فيسترد الثمن إن كان قد دفعه أو يتحلل من التزامه به إن لم يكن قد دفعه .

ولما كان تقدير جسامة الهلاك أو التلف أمرا يحتاج إلى نظر ولايجوز أن يستقل به المشترى ، فإن الفسخ فى هذه الحالة لا يقع بقوة القانون كما هى الحال فى حالة الهلاك الكلى ، بل هو فسخ قضائى يجب أن تقضى به المحكمة .

كما أن للمشترى أن يقتصر على طلب إنقاص الثمن مع الإبقاء على البيع [٢].

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٧١ - عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٨ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٨ - اسماعيل غانم ص ١٦٤- منصور مصطفى منصور ص ١٤٥ .

ولكن ليس للمشترى أن يطلب إلزام البائع بإصلاح التلف ، فالفرض أن التلف لم يحدث بخطأ البائع وإنما بسبب أجنبى عنه ، والإلزام بإصلاح التلف إنما يكون على سبيل التعويض العينى عن الإخلال بالالتزام (١).

٢- التلف غير الجسيم :

إذا لم يكن التلف جسيما ، اقتصر حق المشترى على طلب إنقاص الثمن ، ولايجوز له طلب الفسخ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا كان الهلاك جزئيا ، فإن كان جسيما خير المشترى بين الفسخ وإنقاص الثمن . وإن كان غير جسيم أنقص الثمن . وقد عدل المشروع (م٥٨٢) بهذا الحكم الأخير حكما منتقدا فى التقنين الحالى (م٢٩٨/٣٧٢) يقضى بأن المشترى فى الهلاك الجزئى يكون مخيرا بين فسخ البيع أو إبقائه مع دفع كل الثمن .

ويلاحظ أن الحقوق العينية التى كسبها الغير على المبيع لا يضرها الفسخ ، وقد سبق تقرير ذلك فى القواعد العامة المتعلقة بالفسخ " (٢).

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٦٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٧٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان العقار المبيع أرضا عليها بناء ، ثم هلك البنـــاء لأى سبب فإن البيع لاينفسخ ، ولكن يكون للمشترى الخيار بـــين طلـــب الفسخ وبين استبقاء المبيع ، ولا فرق فى ذلك بين حالتى البيع الناقل للملكية والبيع الذى لايترتب عليه ، بمقتضى قانون التسجيل الجديد، إلا التزامات شخصية ".

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١٢/٨)

مـادة (٤٣٩)

يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كلـه أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى . ويكـون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيـع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه .

الشـــرح

التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق .

١٦٨ـ المقصود بضمان التعرض والاستحقاق :

يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع بأن يمكن المشترى من حيـازة المبيع حيازة هادئة ومستمرة ، لايمتد إليها تعرض صادر منـه أو من غيره ، لأن البائع يضمن كل ما من شأنه تعكير الحيازة ، فمن القواعد القانونية أن من يجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض[١].

والضمان يستوجب من جانب البائع أمورا ثلاثة هى :

١- أن يمتنع شخصيا عن كل فعل من شـأنه تعكيـر حيـازة المشترى .

٢- أن يدفع عن المشترى أى تعرض يوجه إليه من الغير.

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٨٤ .

٣- أن يعوض المشترى إذا لم يفلح فى إيقاف تعرض الغير .

وعلى هذا نستطيع أن نعرف ضمان التعرض والاستحقاق بأنه ضمان البائع أى فعل صادر منه نفسه أو من غيره ، ويكـون مـن شأنه أن يحرم المشترى من كل أو بعض ملكية أو استعمال الشـئ المبيع .

والبائع ضامن على النحو السابق لأن البيع يجب أن يؤدى إلـى انتقال الملكية إلى المشترى وإلى تمتعه بها وبكل مـا تخولـه مـن سلطات ، ولن يتحقق هذا إذا تعرض البائع نفسه أو الغير للمشترى فى حيازته للمبيع أو فى استعماله له ، فالضمان هو نتيجة طبيعيـة لعقد البيع .

فإذا صدر من الغير أى فعل من الأفعال الموجبـة للضـمان ، وجب عليه أن يدفع هذا التعرض من المشترى ، فإن لم يستطع لهذا التعرض دفعا أو بعبارة أخرى إذا استحق المبيع كلـه أو بعضـه للغير ، كان واجبا عليه تعويض المشترى .

وليس هذا كله سوى تطبيق للمبادئ العامة فى الالتزامات، تلك بادئ التى تقضى بأن على المدين أن يبدأ بتنفيذ الالتـزام عينـا، وهو هنا التدخل من جانب البائع للدفاع عن المشترى ضد تعـرض الغير له وصد هذا التعرض .

وهذا التزام بنتيجة أى يجب – لتمام تنفيذه- أن يؤدى إلى صد تعرض الغير بالفعل . فإن لم يفلح فى هذا ، واستحال تنفيذ الالتزام لثبوت حق الغير حل التنفيذ عن طريق التعويض (أو التنفيذ بمقابل) محل التنفيذ العينى . ويكون التنفيذ عن طريق التعويض أيضا إذا ثبت حق الأجنبى بدون دعوى – كما سنرى- أو إذا كان التعرض قد صدر من البائع نفسه ، فهو ملزم بامتناع عن عمل ، فإذا خالفه قضى عليه بالتعويض(١) .

ويلتزم البائع بالضمان سواء كانت البيوع بيوع منقولات أم بيوع عقارات ، وسواء كان البيع قد سجل أم كان لم يسجل- كما سنرى- وسواء تم البيع مساومة أم تم بالمزاد ، وسواء كان المزاد اختياريا أم كان جبريا كما هو الحال فى بعض البيوع القضائية أو الإدارية (٢).

١٦٩ـ الضمان ليس مقصورا على البائع :

الالتزام بالضمان ليس قاصرا على عقد البيع ، بل هو واجب فى سائر العقود الناقلة للحق . ومثال ذلك المقايضة (م٤٨٥) والشركة (م٥١١) والرهن (م١٠٤٧) والإيجار (م٥٧١) . بل إن المشرع قد ذهب إلى وجود نوع من الضمان فى الهبة فى حالة

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٣٣ ومابعدها .

(٢) عبد الناصر العطار ص ٢٢٧ .

تعمد إخفاء سبب الاستحقاق وحالة الهبة بعــوض (م٤٩٤). وهــو أيضا قرر الضمان فى عقد القسمة مع كونها عقدا كاشــفا (م٨٤٤). ولذلك كان من المنطق تنظيم أحكام الضمان فــى القســم الخــاص بالالتزامات بدلا من تنظيمه بمناسبة عقد معين من العقود . ولكــن لما كان منشأ هذا الضمان يرجع الفضل فيه إلى عقد البيــع ، فقــد تأثر المشرع بهذه الفكرة واستمر علىتنظيمه مع هذا العقد باعتباره أبرز مكان له [١].

التعـرض الشخصـى

(التعـرض الصـادر من البائـع)

١٧٠ـ وجوب وقوع تعرض بالفعل :

لايتوافر ألتعرض فى جانب البائع ، إلا إذا وقع تعــرض منــه بالفعل، ومن ثم لايكفى علم المشترى بوجود حق للغير على المبيع، أو مجرد احتمال حصول تعرض من البائع طالما لم يقع بالفعل .

ومثال ذلك أن يهدد البائع المشترى بالتعرض له ، دون أن ينفذ هذا التهديد ، أو اكتشاف وجود حق رهن على العين المبيعــة دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشترى ومع احتمال حصول هذه المعارضة فى المستقبل . أو أن يبيع البائع العقار المبيع مــرة

---

(١) أنور سلطان ص ٢٧١- خميس خضر ص ١٩٥ ومابعدها .

ثانية ويبادر المشترى الثانى إلى التسجيل قبـل المشـترى الأول ، فانتقلت إليه هو الملكية دون المشترى الأول، ولكن المشترى الثانى لم يتخذ أى إجراء لنزع العقار من يد المشـترى الأول ، فلـيس للمشترى الأول أن يحتج على البائع بضمان تعرضه الناشـئ مـن بيعه العقار مرة أخرى (١)، بل ليس له أن يرفع دعوى إبطال بيـع ملك الغير لأن البيع الذى صدر من البائع إلى المشترى الأول قـد صدر من مالك، ولكن له أن يرفع دعوى فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية إليه . ويترتب على أنه لابد مـن وقـوع التعرض أن البيع يبقى منشئا لالتزام البـائع بضـمان التعـرض، ولايسرى التقادم إلا من وقت وقوع التعرض فعلا ، ومدته خمـس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ويلاحظ أن المشروع كـالتقنين الحـالى أيضـا فـى أن الضمان لايجب على البائع إلا إذا حصل التعرض فعلا من الغيـر سواء حكم بالاستحقاق أو لم يحكم (نقض ٢٧ أبريـل سـنة ١٩٣٢

---

(١) أما إذا تعرض المشترى الجديد للمشترى الأول فى العقار كان تعـرض المشترى الجديد تعرضا قانونيا لا ماديا لأنه يستند فيه إلى حق يدعيـه على العقار . وهو تعرض شخصى من البائع أيضا لأن المشترى الثانى فى تعرضه قد استمد حقه من البائع .

(٢) السنهورى ص ٦٢٦ .

ملحق مجلة القانون والاقتصاد ص ٣١)، أما إذا اقتصر الأمر على ظهور حق للغير على العقار ، دون أن يتعرض هذا الغير فعلا، فلا ضمان على البائع (أنظر عكس ذلك التقنين البولوني م ٣١٣) ، ولكن هذا لايمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيستطيع المشترى أن يطالب بفسخ البيع .

هذا ، وضمان الاستحقاق واجب ، حتى فى بيع غير مسجل ، كما إذا باع البائع مرة أخرى قبل أن يسجل المشترى الأول ، وكما إذا نفذ الدائن الشخصى للبائع على العقار المبيع قبل تسجيل البيع (نقض ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ١٢٤) [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن حق الضمان لاينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشترى فى حيازته للمبيع وانتفاعه به ، منازعة مبنية على دعوى حق عينى على المبيع . أما مجرد اكتشاف وجود رهن على العين المبيعة ، دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشترى ومع احتمال حصول تلك المعارضة فى المستقبل، فلا يبيح قانونا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ص ٨٢ .

للمشترى رفع دعوى الضمان ، لجواز عدم حصول التعرض فيما بعد من صاحب حق الرهن " .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣٢/٣/٣)

٢- " إن حق الضمان لا ينشأ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا من وقت منازعة الغير للمشترى فى حيازته للمبيع وانتفاعه به ، أما مجرد خشية المشترى تعرض الغير أو علمه بوجود حق للغير على المبيع فلا يخوله حق الرجوع على البائع بالضمان مادام لم يحصل له تعرض فعلى ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام الطاعن بالتضمينات على مجرد صدور حكم - لم يكن المشترى طرفاً فيه - ببطلان سند ملكية البائع للعقار ، ورتب على ذلك حق المطعون ضده فى الرجوع على الطاعن بضمان الاستحقاق ، وحجب بذلك نفسه عن تحقيق ما تمسك به الطاعن من عدم حصول معارضة من المحكوم له للمطعون ضده فى حيازته للمبيع وانتفاعه به ، فإنه يكون قد خالف القانون وجره ذلك إلى القصور فى التسبيب " .

(طعن ٣٠٥٠ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٢/١/٢١)

١٧١- عدم التعرض التزام بامتناع عن عمل يختلف عن الواجب العام المفروض على الكافة :

التزام البائع بعدم التعرض الشخصى التزام بالامتناع عن عمل، هو العمل الذى يعتبر تعرضا .

وهذا الالتزام بالامتناع عن عمل يختلف فـي مضـمونه عـن الواجب العام المفروض على الكافة بـاحترام حـق المشـترى أى بالامتناع عن الاعتداء عليه . فقد يعتبر الفعل تعرضا إذا صدر من البائع فى حين أنه لو صدر عن أجنبى لما اعتبر إخلالا بالواجـب العام[1]. ومثال ذلك قيام بائع المحل التجارى بإنشاء متجر مجـاور من نفس النوع إذ أن من شأن ذلك اجتذاب العملاء من المشـترى . فهذا يعتبر تعرضا شخصيا من البائع ، فى حين أن غيره يسـتطيع القيام به . وحتى لو كان فعل البائع مما يعتبـر إخـلالا بالواجـب العام، فهو إخلال بالتزام ناشئ عن العقد أمـا بالنسـبة للإخـلال بالواجب العام فالمسئولية تكون مسئولية تقصيرية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " باع شخص لآخر محلا تجاريا بما فيه من بضائع بـثمن قبضه البائع وتعهد البائع فى عقد البيع بألا يتجر فى البضائع التـى يتجر فيها المشترى فى الشارع الذى يقع فيه المحل المبيع ، ولكـن المشترى فتح محلا بنفس العمارة التى بها المحل المبيع واتجر فـى بعض أنواع البضائع التى شملها عقد البيع فأقام عليـه المشـترى الدعوى يطالبه فيها بدفع مبلغ على سبيل التعويض فقضت المحكمة

---

(١) مصطفى منصور مصطفى ص ٤٩- خميس خضر ص ٢٠٠.

بإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت المشترى أن ضررا لحقــه مــن جراء إخلال البائع بشرط التحريم الوارد فى العقد ثم حكمــت فــى الموضوع برفض دعوى المشترى لعجزه عن إثبات وقوع الضرر، فطعن الطاعن فى هذا الحكم وفى الحكم التمهيدى الصادر بإحالــة الدعوى إلى التحقيق .

وقد قررت محكمة النقض أن البائع أخل بواجب الضمان الــذى يلزمه بوصفه بائعا كما أخل بالشرط المتفق عليه فى عقد البيع وأن هذا الإخلال إن هو إلا تعرض للمشترى فى بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته التى كانت الأساس الذى بنى عليــه الطرفــان تقدير الثمن عند التعاقد – ونقص قيمة المبيع على هذه الصورة هو بذاته الضرر الذى أصاب المشترى من تعرض البائع وهو ضــرر مفترض بحكم واجب الضمان الملتزم به البــائع يتحقــق بمجــرد الإخلال بهذا الواجب إذ هو يمثل ثمن الجزء من المبيع الذى حصل التعرض فيه من جانب البائع – ومن ثم فإن الحكــم التمهيــدى إذ أحال الدعوى على التحقيق وكلف المشترى بإثبات الضرر– كما أن الحكم القطعى إذ أقام قضاءه بإلغاء الحكــم المســتأنف وبــرفض الدعوى على عجز المشترى عن إثبات الضرر – يكونان قد خالفــا القانون " .

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٨)

١٧٢ـ التعرض المادى والتعرض القانونى :

التعرض الذى يصدر من البائع قد يكون تعرضا ماديا وقد يكون تعرضا قانونيا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" عقد البيع عقد تبادلى ينشئ بين طرفيه التزامات متقابلة ، وقد أوجبت المادة ٤٣٩ من القانون المدنى على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانب للمشترى فى حيازته للمبيع سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا – وهذا الالتزام المستمر الملقى على عاتق البائع يقابله التزام المشترى بأداء الثمن ، وقد خولت المادة ٤٥٧ من القانون المدنى فى فقرتها الثانية المشترى حق حبس الثمن حتى يمنع التعرض " .

(طعن رقم ١٢٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٧)

ونعرض لنوعى التعرض بالتفصيل فيما يلى :

١٧٣ـ أولا : التعرض المادى :

التعرض المادى هو الذى لايستند فيه البائع إلى الادعاء بحق.

والتعرض المادى قسمان : قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع وقسم يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع سواء قبل البيع أو بعده يكون من شأنها أن تحول دون انتفاع البائع بملكية المبيع . ويراعى بالنسبة للقسم الثانى من التعرض المادى

أى ذلك التعرض الذى يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع أن التصرف القانونى الصادر من البائع إلى الغير يعد عملا ماديـــا بالنسبة إلى المشترى لأنه ليس طرفا فى هذا التصـــرف [١]. ولأن البائع لا يستند فيه إلى الادعاء بحق .

ومثال التعرض الذى يقوم على أعمال مادية محضة .

أن يغتصب البائع العين المبيعة ، أو يمنع المشترى من الانتفاع بها ، أو يجرى فيها تغييرات تخل بانتفاع المشترى كأن يبنى فـــى الأرض المبيعة أو أن يهدم جزءا من المنزل المبيـــع[٢]. أو يبيـــع مؤلف طبعة من كتابه لناشر ثم يقوم بطبع كتابه مرة أخرى قبل نفاذ الطبعة التى باعها ، إذ لايجوز للمؤلف ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك أن يعيد طبع الكتاب قبل نفاذ نسخ الطبعة التى باعها [٣].

ويعتبر تعرضا ماديا فى بيع المحل التجـــارى كـــل الأعمـــال والمحاولات التى من شأنها أن يحتفظ البائع أو يسترد عملاء المحل كلهم أو بعضهم . كأن يفتح محلا فى نفس الحـــى لمباشـــرة نفـــس التجارة ، أو فى حى قريب تحت نفس الاسم التجارى ، أو بإرسال

---

(١) السنهورى ص ٦٢٧ – محمد شكرى سرور ص ٦١٩– عبد الناصـــر العطار ص ٢١٨ .

(٢) عبد الودود يحيى ص ١١٢– محمد لبيب شنب ص ١٥٥ .

(٣) خميس خضر ص ٢٠٢ .

نشرات إلى عملائه السابقين أو بغير ذلك من الأعمال التى يقصد بها اجتذاب عملاء المحل المبيع . فالدعوى التى ترفع فى هذه الحالة لاتؤسس على المسئولية التقصيرية الناشئة من المزاحمة غير المشروعة ، ولكنها قائمة على أساس المسئولية العقدية الناشئة من الإخلال بالتزام الضمان [١].

أما إذا كان الذى أنشأ المتجر المجاور أجنبيا فإن منافسته لاتكون غير مشروعة مادامت فى حدود المنافسة المألوفة بين التجار، وذلك لأن الأجنبى غير ملتزم للمشترى بعدم التعرض .

وقد يقع التعرض المادى عن تصرف قانونى يصدر من البائع إلى الغير ، كأن يبيع البائع العقار بعد سبق بيعه ويبادر المشترى الثانى إلى تسجيل عقده قبل المشترى الأول فتنتقل الملكية إلى المشترى الثانى وينتزع العقار من المشترى الأول . فهنا يقع تعرض من جانب المشترى الثانى هو تعرض صادر من الغير وهو فى الوقت ذاته تعرض شخصى أى صادر من البائع نفسه لأن المشترى الثانى فى تعرضه قد استمد حقه من البائع . ومثال ذلك أيضا أن يبيع البائع المنقول مرة ثانية ويسلمه للمشترى الثانى فتنتقل إليه الملكية بموجب الحيازة إذا كان حسن النية . فهنا تعرض

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٣٨ ومابعدها- خميس خضر ص ٢٠٢- سليمان مرقس ص ٣٦٩ - محمد لبيب شنب ص ١٥٥ .

صادر من كل من المشترى الثانى والبائع فى وقت واحد. وفى المثالين السابقين للتعرض المادى المبنى على تصرفات قانونية صدر التصرف الثانى من البائع بعد صدور البيع الذى أنشأ الالتزام بالضمان . ولكن قد يصدر هذا التصرف القانونى من البائع قبل صدور البيع لا بعده .

فإذا باع شخص عقارا أو منقولا إلى مشتر أول بادر إلى تسجيل البيع فى العقار أو إلى تسلم المنقول مع حسن نيته ثم بعد ذلك باعه إلى مشتر ثان فالبيع الثانى يكون بيع ملك الغير وقد يجيزه المشترى الثانى فيرجع على البائع بضمان التعرض الواقع منه عن طريق تصرف قانونى صدر قبل البيع .

١٧٤ـ ثانيا : التعرض القانونى :

التعرض القانونى ، هو التعرض الذى يدعى فيه البائع حقا يترتب عليه حرمان المشترى من سلطاته كلها أو بعضها على الشئ المبيع. سواء كان هذا الحق المدعى به سابقا على البيع أو لاحقا له.

ومثال ذلك : أن يكون المبيع عقارا غير مملوك للبائع وقت البيع ثم يتملك البائع ما باعه بسبب من أسباب كسب الملكية كالميراث أو الشراء من المالك الحقيقى أو الوصية أو الشفعة ، فإذا رفع البائع دعوى على المشترى يطلب فيها استحقاق المبيع باعتبار

أنه مالك كان هذا تعرضا قانونا لايجوز . ويراعى أن الحق المدعى به هنا لاحق للبيع .

ومثال ذلك أيضا أن يبيع البائع عقارا وقبل أن يسجل المشترى البيع أى قبل أن تنتقل إليه الملكية يرفع البائع على المشترى دعوى استحقاق باعتبار أنه لايزال مالكا للعقار فهذه الدعوى يرفعها المشترى بضمان البائع تعرضه الشخصى . ويراعى أن الحق المدعى به هذا سابق على البيع [١].

ومثال ذلك أيضا أن يكون على العقار المبيع ولصالح عقار آخر يملكه البائع ارتفاقا غير ظاهر لم يعلم به البائع المشترى وقت البيع . فمثل هذا الارتفاق لايجوز للبائع التمسك به ضد المشترى . وهذا تعرض قانونى .

أو يطلب المتقاسم الذى باع عقارا داخلا فى نصيبه الذى آل إليه بالقسمة إبطال القسمة ، لأن من شأن البطلان نزع العقار المبيع من المشترى .

وإذا تصرف الشركاء على الشيوع فى المال الشائع بالبيع ، فلا يجوز لأحدهم بعد ذلك التعرض للمشترى إذا تبين أن أحد البائعين لم يكن مالكا وقت البيع [٢].

---

(١) خميس خضر ص ٢٠٤ – عبد المنعم البدراوى ص ٤٤٠– سليمان مرقس ص ٣٦٤ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٤٤٠ .

١٧٥ـ الدفع بتقادم دعوى صحة التعاقـد يعـد مـن قبيـل التعرض :

راجع (بند ١٠٨) .

١٧٦ـ مالا يعتبر تعرضـا :

لايعتبر تعرضا ما يأتى :

١- إذا كان الحق الذى يطالب به البائع يستند إلى عقد البيـع. فلا تعارض بين التزام البائع بعدم التعرض ، ومطالبته بدفع الـثمن مثلا .

٢- طلب البائع القضاء ببطلان عقد البيع بطلانـا مطلقـا ، أو القضاء بإبطاله لعيب شاب رضاه ، فالتزام البائع بالضمان يسـتمد من عقد البيع على فرض قيامه صحيحا .

٣- استعمال البائع لحق يخوله له القانون ، مادام لايتعارض مع ما يخول العقد للمشترى من حقوق فإذا كان للبائع عقـار مجـاور للعقار المبيع ، ثم باع المشترى العقار المبيع إلى مشتر ثان ، جـاز للبائع الأصلى باعتباره جارا مالكا ، أن يطلب الشفعة فى هذا البيع، دون أن تدفع دعواه بالالتزام بالضمان ، لأن استعمال حق الشفعة ، لايتضمن أى إنكار لحقوق المشترى الأصلى على المبيع [1].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٨٤ .

٤- الدفوع التى يبديها البائع فى دعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشترى ،· الموجهة لإجراءات الخصومة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التعرض الشخصى الذى يضمنه البائع فى مفهوم المادة ٤٣٩ من القانون المدنى هو كل عمل يعكر على المشترى حقه فى حيازة المبيع والانتفاع به . فلا يدخل فى ذلك ما يبديه البائع فى دعوى صحة التعاقد التى يقيمها عليه المشترى من دفوع أو طلبات يهاجم بها إجراءات الخصومة سواء لعوار فيها أو لسقوطها أو انقضائها بمضى المدة ، إذ لايعتبر هذا من قبيل التعرض لحقوق المشترى الناشئة عن عقد البيع " .

(طعن رقم ١٤١٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/١/٣١)

١٧٧- مدى انتقال الالتزام بضمان التعرض الشخصى إلى الخلف العام والدائن والخلف الخاص :

المدين فى الالتزام بضمان التعرض الشخصى أى الملزم بهذا الضمان ، هو البائع وهو الذى يقع منه التعرض الموجب للضمان، فإذا مات المدين فى الالتزام بالضمان ، فإن القاعدة فى التزامات المتوفى فى القانون المصرى هى أن الديون تنتقل إلى الورثة مع تحديد مسئوليتهم عنها تحديدا عينيا بأموال التركة ذاتها دون أموال الوارث الخاصة . فإذا باع شخص عينا مملوكة لوارثه ثم مات فإن

الوارث يستطيع أن يسترد العين المبيعة من المشترى ولايجوز للمشترى أن يحتج عليه بأن الالتزام بالضمان قد انتقل من مورثه إليه لأن هذا الالتزام لاينتقل من المورث إلى الوارث . ولكن الالتزام بالضمان يبقى فى التركة ويكون للمشترى أن يرجع على التركة بالتعويض [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل المقرر فى التشريع الفرنسى فى شأن الوارث الذى يقبل التركة بغير تحفظ أنه لايستطيع بمقتضى متابعته لشخصية المورث – أن يطلب استحقاق العين التى تصرف فيها مورثه لو كانت هذه العين مملوكة له بسبب خاص أما إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد كانت شخصيته مستقلة عن شخصية المورث ولايصح أن يواجه بالتزام المورث عدم التعرض للمشترى إذا ادعى الاستحقاق العينى-فى الأعيان التى تصرف فيها مورثه للغير– وقد أخذ المشرع المصرى فى انتقال التركات بما يتقارب فى هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسى بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد لأنه يعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وأن ديون المورث إنما تتعلق بتركته لا بذمة ورثته ، فلا يمكن أن يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة

---

(١) السنهورى ص ٦٣٢ ومابعدها – مصطفى منصور مصطفى ص ١٥٦ ومابعدها – خميس خضر ص ٢١١ .

الوارث لمجرد كونه وارثا ، إلا إذا أصبح الوارث مسئولا شخصيا عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة - وعلى ذلك فمتى تبين من وقائع الدعوى أن المورث كان قد تصرف فى أطيان للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ثم تصرف فى ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بعقد بيع مسجل فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع دعوى على المتبادل معه يطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر فقضى برفض دعواه اتباعا لما هو مقرر فى التشريع الفرنسى فى شأن الوارث الذى يقبل التركة بغير تحفظ فإن الحكم يكون قد خالف القانون" .

(طعن رقم ٢٩١ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٦)

كذلك لاينتقل الالتزام بالضمان إلى الخلف الخاص ، فلو باع شخص عقارا ، ثم أوصى به لشخص آخر ، وبعد موته بادر الموصى له إلى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشترى البيع فإن المشترى لايستطيع أن يحتج على الموصى له بأن يلتزم بالضمان ليسترد منه العقار ليستبقيه إذا استرده الموصى له لأن الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصى إلى الموصى له بل بقى فى التركة وللمشترى أن يرجع بالتعويض على التركة ويقدم فى رجوعه بهذا الحق على الموصى له [1].

---

(١) السنهورى ص ٦٣٣- خميس خضر ص ٢١٢ ومابعدها - سمير تناغو ص ٢٦٢ ومابعدها .

وأخيرا فإن الالتزام بالضمان لايتعدى إلى دائن البائع ، فيجوز لدائن البائع أن يوقع حجزا على العقار المبيع بعد البيع وقبل تسجيل العقد . فإذا سجل الدائن تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشترى عقده ، فإن البيع لايحتج به فى مواجهة الدائن الحاجز ، ولايكون لتسجيله بعد ذلك أثر فى مواجهة الدائن الذى سبق إلى تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار .

ولكن إذا تنازل دائن البائع عن حقه فى التنفيذ على العقار المبيع فإنه يصبح ملتزما بالضمان فى مواجهة المشترى [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا باع الراهن العقار المرهون بعقد لم يسجل واتفق المشترى مع الدائن المرتهن على أن يتنازل عن رهنه بالنسبة إلى العقار المبيع وعن السير فى إجراءات نزع الملكية التى كانت قد اتخذت عليه، وقرر المرتهن أنه حرر ذلك العقار من الرهن وتعهد بشطبه، فإن هذا الاتفاق ، وإن لم يسجل هو الآخر ، ملزم للمرتهن فلا يجوز له أن ينقضه ، فإذا هو سار فى إجراءات نزع ملكية العقار حتى رسا مزاده عليه فلا يصح له أن يتمسك بملكيته إياه فى مواجهة ذلك المشترى ، وإذا هو رفع عليه دعوى الملكية وقضى

---

(١) سمير تناغو ص ٢٦٣ وهامش (١) ومابعدها .

برفضها ، فهذا الحكم لا مخالفة فيه للقانون . إذ المرتهن شأنه شأن البائع سواء بسواء ، فكما أن البائع الذى يتعهد بنقل الملكية لغيره لايصح أن يطلبها لنفسه اعتمادا على عدم تسجيل عقد البيع كذلك المرتهن الذى يتعهد بالتنازل عن رهنه وشطبه والتنازل نهائيا عن السير فى إجراءات نزع الملكية لايصح له أن يتمسك برهنه ولا أن يسير فى تلك الإجراءات " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٤/١١)

١٧٨ـ تملك البائع المبيع بالتقادم :

يجب هنا التمييز بين فرضين : **أولهما** ، أن يكون البائع باع عينا لايملكها ولكنه كان حائزا لها ثم تملكها بعد ذلك بالتقادم .

وثانيهما ، أن البائع يكون قد باع عينا مملوكة له ولم يسلمها للمشترى بل بقى حائزا لها حتى تملكها بالتقادم .

ففى الفرض الأول يكون البيع بيع ملك الغير . إذ أن البائع لم يكن يملك العين وقت أن باعها . ولما كان قد أصبح مالكا لها بعد ذلك فإن المادة ٤٦٧ من التقنين المدنى فى فقرتها الثانية تنطبق فى هذه الحالة حيث أن ملكية المبيع قد آلت إلى البائع بعد صدور العقد فينقلب بيع ملك الغير صحيحا وتنتقل الملكية من البائع إلى المشترى بمجرد تملك البائع للمبيع بالتقادم . ويستوى فى ذلك أن يتملك البائع المبيع بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير إذا كان حسن

النية فالتملك بالتقادم الطويل يتحقق فى حالة البائع الذى يكون حائزا للمبيع عشر سنوات مثلا قبل البيع ثم بيعه ويبقى المبيع فـــى يـــده خمس سنوات أخرى يستكمل بها مدة التقادم الطويل وهـــى خمـــس عشرة سنة فهنا يتملك البائع المبيع بالتقادم وتنتقل الملكية فى الحال إلى المشترى . أما التملك بالتقادم القصير فيتحقق فى حالة مـــا إذا كان البائع قد اشترى العقار من غير المالك وهو حسن النية وبقـــى واضعا يده عليه ثلاث سنوات مثلا ثم باعه المشترى مع اســـتمرار وضع يده سنتين أخريين لاستكمال مدة التقادم القصير وهى خمـــس سنوات فهنا يتملك المبيع بالتقادم القصير وتنتقل الملكية منـــه إلـــى المشترى .

وفى الفرض الثانى فإن البائع يكون قد باع عينا يملكها ثم امتنع عن تسليم العين للمشترى ووضع يده عليها باعتباره مالكـــا ســـواء انتقلت الملكية إلى المشترى أو لم تنتقل بأن كان المبيع عقارا ولـــم يتم تسجيل العقد ، فإن البائع هنا ملتزم بضمان التعرض ، فإن هـــو امتنع عن تسليم للعين للمشترى ووضع يده عليها باعتباره مالكـــا، فإنه يكون متعرضا للمشترى منذ أول عمل مادى من أعمال وضع اليد التى تدل علي نية التملك . ومن ذلك الوقت يلتزم بالضـــمان . ولكن إذا انقضت مدة خمس عشرة سنة على العمل المادى الذى هو من أعمال وضع اليد دون أن يقطع المشترى التقادم ، وتوافر لـــدى

البائع الحيازة بركنيها المادى والمعنوى فإنه يتملك العين المبيعة بالتقادم . ولايستطيع المشترى التمسك بضمان التعرض بعد أن تملك البائع المبيع بالتقادم .

ويلاحظ أن حيازة البائع الذى يحتفظ بالمبيع فى يده بعد البيع ليست سوى حيازة عرضية ومن ثم يلزم أن يثبت أن البائع الذى لم يسلم المبيع لم يعد يحوزه لحساب المشترى وإنما يحوزه لحساب نفسه بنية تملكه ولايبدأ التقادم إلا من الوقت الذى يثبت فيه البائع أنه يحوز المبيع لحساب نفسه[١] .

ويعزى ذلك إلى أن التقادم سبب قانونى للتملك لاعتبارات ترجع إلى وجوب استمرار التعامل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد . فالقول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشترى يعتبر تعرضا من جانبه لايتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانونا هو قول مخالف للقانون .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٨٤ .

وإذن فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه على مجرد أن ضمان البائع استحقاق المبيع مانع له من اكتساب ملكيته بوضع اليد بعد بيعه مهما طالت مدته ، ولم يبحث فى هل وضع يد البائع فى هذه الحالة استوفى الشروط القانونية التى تجعله سببا مشروعا للتملك أو لم يستوفها ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتعين نقضه" .

(طعن رقم ١٧٥ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/٨)

٢- " إن الأساس التشريعى للتملك بمضى المدة الطويلة هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد ، وهذا لايصح معه القول بأن واجب الضمان ، المفروض على مدعى التملك بوضع اليد بموجب إقرار صادر منه نزل فيه لمنازعه فى الملكية عن قدر من الأطيان يدخل فى الأطيان المتنازع عليها ، مانع له أبدا من كسب ملكية هذه الأطيان بوضع اليد المدة الطويلة متى كان وضع اليد المذكور قد استوفى شرائطه القانونية " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/١/١٠)

٣- " من أحكام عقد البيع المقررة بالمادتين ٢٦٦ ، ٣٠٠ من القانون المدنى القديم والمادة ٤٣٩ من القانون المدنى الجديد إلزام البائع بضمان عدم منازعته المشترى فى المبيع فيمتنع عليه أبدا التعرض للمشترى وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع

عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب العقد إلا إذا توافرت لديهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية . وإذن فمتى كانت الطاعنة قد أقامت الدعوى بطلب إثبات صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليها من مورث المطعون عليهم مع إلزامهم بتسليم الأطيان المبيعة ، وكان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعنة لقعودها عن رفع دعواها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد هو من قبيل المنازعة الممتنعة عليهم قانونا بمقتضى إلزام القانون مورثهم بالضمان السالف الذكر فإن الحكم المطعون فيه إذا أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة استنادا إلى هذا الدفاع يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٣/٤)

٤- " ليس لورثة البائع دفع دعوى المشترى بتثبيت ملكيته وتسليم المبيع ، بالتقادم استنادا إلى عدم تسجيل عقد البيع أو الحكم الصادر بصحته مدة تزيد على خمس عشرة سنة ذلك أن البائع يلتزم قانونا بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه . وهذا الالتزام أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر وينتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب العقد إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم

من تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية ".

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨)

٥- " عقد البيع سواء كان مسجلا أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ، أما عدم تسجيل المشترى عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حقه فى الضمان لأن التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التى تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده والتى تنتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المدة الطويلة المكسبة للملكية ".

(طعن رقم ١٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٦)

٦- " من أحكام البيع المقررة فى المادة ٤٣٩ من القانون المدنى ، التزام البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة سواء كان عقد البيع مسجلا أم غير مسجل بحيث لايترتب على عدم تسجيل المشترى عقد شرائه سقوط حقه فى الضمان ، لأن التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التى تنشأ عن عقد بيع بمجرد انعقاده ، ويتعين على البائع تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا بأن يدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية

التى يملكها حتى يكف عن تعرضه للمشترى فإذا لم ينجح البائع فى ذلك وجب عليه تنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته ".

. (طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩)

٧- " المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن البائع يلتزم بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وهو التزام مؤبد يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مشهرا إلا إذا توافرت لديه بعد البيع شروط وضع اليد على العقار المبيع المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وتقدير أدلة الدعوى والوقائع المؤدية لاكتساب الملكية بمضى المدة الطويلة مما تستقل به محكمة الموضوع متى اعتمدت فيه على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها " .

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٦/١٥)

٨- " إن من أحكام البيع المقررة بنص المادة ٤٣٩ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه ، وهو التزام أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر، فيمتنع على البائع أبداً التعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع

عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع- إلا إذا توافرت لديهم بعد البيع شروط وضع اليد على العقار المبيع المدة الطويلة المكسبة للملكية- وبالتالى يمتنع عليهم دفع دعوى صحة العقد والتسليم بالتقادم المسقط لأن ذلك يعد من قبيل المنازعات التى تمتنع عليهم قانونا بمقتضى التزامهم الأبدى بالضمان ، كما يمتنع عليهم للسبب ذاته دفع تلك الدعوى بالتقادم المكسب طالما لم يتم التنفيذ العينى لالتزامهم بنقل الملكية والتسليم، لأن هذا الدفع يكون فى حقيقته عندئذ دفعاً بالتقادم المسقط ، ومن يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه ، ومن ثم فإن استمرار البائع فى وضع يده على العقار المبيع مهما طالت مدته لايصلح لأن يكون سبباً للادعاء فى مواجهة المشترى بتملك المبيع بالتقادم المكسب ، ولايعتد فى حساب التقادم إلا بمدته التالية لذلك التنفيذ العينى بشقيه " .

(طعن رقم ٨٣٧ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٢/٤/٢١)

٩- " التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو عدم منازعته فيه هو التزام أبدى يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أبداً التعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق

بموجب عقد البيع إلا إنه ليس فى القانون ما يمنع البائع وورثته من بعده من كسب ملكية العين المبيعة بوضع اليد المدة الطويلة إذا ما توافرت لديهم الشروط القانونية لهذا التملك .

(طعن رقم ٣٦٨٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٣)

١٠-" من المقرر أن التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه هو التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع بمجرد انعقاده ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أن يتعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض".

(طعن رقم ٣٢١٩ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/١/١٦)

١٧٩- الالتزام بضمان التعرض أبدى وينتقل من البائع إلى ورثته :

التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه ، التزام أبدى يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض ، فلايجوز له الدفع بانقضاء الضمان بمضى خمس عشرة سنة .

ولكن إذا تعرض البائع للمشترى بأن وضع يده على العين المبيعة ، واستوفى شروط وضع اليد المدة الطويلة (خمس عشرة سنة) فإنه يتملك العين بالتقادم .

والتزام البائع الأبدى بعدم التعرض ينتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع [1]، إلا إذا توافرت لهم أيضا شروط وضع اليد المكسب للملكية المدة الطويلة .

(راجع قضاء النقض المنشور بالبند السابق) .

١٨٠ـ البيوع التى يجب فيها الضمان :

يجب الضمان فى كافة البيوع ، ذلك أن عقد البيع يولد فى ذمة البائع التزاما بعدم التعرض للمشترى .

ويستوى فى ذلك أن يكون البيع عرفيا أو مسجلا، وبيع المزاد سواء كان إداريا أو قضائيا ، وذلك بعكس الحال – كما سنرى– فى ضمان العيب إذ تقضى المادة ٤٥٤ مدنى بأنه لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية ولا فى البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد .

والبائع فى البيع بالمزاد ليس هو الدائن الذى باع على المدين العين بالمزاد ، ولكنه هو المدين نفسه ، فهو صاحب العين التى بيعت .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص٤٤٢– محمد لبيب شنب ص ١٥٨ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٣٦٤ .

١٨١ـ الدائن فى الالتزام بضمان التعرض الشخصى :

الدائن فى الالتزام بضمان التعرض الشخصى هو فى الأصل المشترى لأنه هو الذى يقع عليه التعرض فى العادة .

وينتقل حقه فى هذا الضمان إلى خلفه العام ، لأن الحقوق على عكس الديون تنتقل من المورث إلى الوارث ، وعلى ذلك إذا اشترى شخص عقارا وتركه لوارثه ، وتعرض البائع لهذا الوارث فى العقار ، كان للوارث أن يحتج على البائع بالتزامه بضمان التعرض .

وكذلك ينتقل حق المشترى فى الضمان إلى خلفه الخاص فى العين المبيعة . فلو باع شخص عقارا وباع المشترى العقار لمشتر ثان كان البائع ملزما بعدم التعرض . فإذا توالت البيوع بأن باع المشترى إلى مشتر ثان ، فإن هذا الأخير لا يكون له فقط أن يرجع بالضمان على من باع له ، وإنما يكون له أيضا كخلف خاص له، أن يرجع بالضمان مباشرة على البائع الأصلى .

وأساس هذا الرجوع هو انتقال دعوى الضمان من مشتر إلى آخر بحسبانها من ملحقات المبيع [1].

---

(١) خميس خضر ص ٢١٣ – محمد شكرى سرور ص ٣١٧ .

١٨٢- عدم قابلية الالتزام بضمان التعرض للانقسام :

التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي التزام بالامتناع عن عمل هو التعرض للمشترى في ملكيته وانتفاعه بالمبيع ، فإذا حصل تعرض من جانب البائع أو ورثته للمشترى ولو في جزء تافه من المبيع ، أصبحت حيازته غير هادئة وكان الضامن مخلا بالتزامه وصح الاحتجاج عليه بضمان التعرض ، ولو كان المبيع ذاته قابلا للانقسام .

ويترتب على ذلك أنه لو تعلق الالتزام بضمان التعرض الشخصي بذمته أكثر من شخص واحد ، فلا ينقسم الالتزام على المدينين المتعاقدين بأن يكون كل منهم مدينا بالالتزام كله ، فلو كان شخصان يملكان منزلا على الشيوع وباع الشخصان المنزل معا التزم كل منهما نحو المشترى بضمان التعرض الصادر منه في كل المنزل وليس في النصيب الذى باعه فحسب . ولو ظهر بعد ذلك أن أحد الشخصين البائعين هو الذى يملك المنزل كله وأن الشخص الآخر لا يملك فيه شيئا ما فإن الشخص الأول يبقى ملتزما بعدم التعرض فى كل المنزل ولايستطيع أن يسترد من المشترى النصيب الشائع الذى لم يبعه لأن التزامه بعدم التعرض غير قابل للانقسام ويجوز للمشترى أن يدفع استرداده بأنه ملتزم بعدم التعرض فلا يبقى بعد ذلك للشخص الأول الذى ظهر أنه يملك وحده المنزل إلا أن يرجع الشخص الآخر الذى ظهر أنه لا يملك شيئا فى المنزل

وهذا هو نفس الحكم لو أن شخصين ورثا منزلا فباعاه ثم ظهر أن أحدهما هو الوارث وحده فلا يجوز له أن يسترد شيئا من المشترى لأنه ضامن لتعرضه الشخصى فى كل المنزل[1] .

١٨٣ـ جزاء الالتزام بعدم تعرض البائع :

إذا كان التعرض ماديا ، فإنه تطبق القواعد العامة ، فيكون للمشترى طلب التنفيذ العينى بإزالة ما وقع مخالفا للالتزام بعدم التعرض ، إذا كان ذلك ممكنا . وله أن يطلب الحكم بغرامة تهديدية عن كل عمل يأتيه البائع يتعرض به للمشترى .

فإذا كان البائع قد وضع يده فعلا على الأرض المبيعة مثلا ، كان للمشترى طلب طرده منها ، وهكذا ، فضلا عن تعويض المشترى عما أحدثه تعرض البائع له من ضرر .

كما يجوز للمشترى طلب فسخ عقد البيع لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بالضمان . ولكن طلب الفسخ يخضع لتقدير القاضى الذى له أن يجيب المشترى إلى طلبه أو يرفضه تبعا لجسامة إخلال البائع بالتزامه وللمشترى إذا كان الثمن لم يدفع بعد أن يحبسه أو يحبس ما بقى منه بغير دفع إلى حين أن يتم التنفيذ العينى .

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٣٤٤ ومابعدها – السنهورى ص ٦٣٣ ومابعدها – خميس خضر ص ٢١٠ ومابعدها– أنور سلطان ص ٢٧٥ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ١٧٠.

وإذا كان التعرض قانونيا عن طريق رفـع البـائع أو ورثتـه دعوى ضد المشترى بادعاء حق على المبيع ، كما فى حالـة بيـع ملك الغير إذا رفع البائع بعد اكتساب ملكية المبيع بسبب من أسباب كسب الملكية دعوى على المشترى يطالبه بوصفه مالكا باسـترداد العين المبيعة ، كان للمشترى أن يدفع هذه الدعوى علـى أسـاس التزام البائع بالضمان ، وهذا هو الدفع بالضمان ، وهو يؤدى إلـى رفض دعوى البائع ، ويعبر عن ذلك بعبارة تقليدية هى " من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " من أحكام البيع المقررة فى المـادة ٤٣٩ مـن القـانون المدنى ، التزام البائع بأن يمكن المشترى مـن الانتفـاع بـالمبيع وحيازته حيازة هادئة سواء كان عقد البيع مسجلا أم غير مسـجل بحيث لايترتب على عدم تسجيل المشترى عقد شرائه سقوط حقـه فىالضمان ، لأن التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التى تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده ، ويتعين على البائع تنفيـذ هـذا الالتزام تنفيذا عينيا بأن يدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونيـة التى يملكها حتى يكف عن تعرضه للمشترى فإذا لم ينجح البائع فى

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٦٩ ومابعدها .

ذلك وجب عليه تنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته " .

(طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩)

١٨٤ـ ثانيا : التعرض الصادر من الغير :

لايلتزم البائع بضمان التعرض الصادر منه فقط وإنما يلتزم أيضا بضمان التعرض الصادر من الغير .

وبعد أن نص المشرع على مبدأ الضمان فى المادة ٤٣٩، فصل أحكامه بعد ذلك فى المواد من ٤٤٠ إلى ٤٤٤ .

وضمان تعرض الغير يفترض أن أجنبيا يدعى أن له على المبيع بعض الحقوق ، ويتعرض – مستندا إلى الحق الذى يدعيه– للمشترى فى حيازته . فعلى البائع إذن أن يضمن هذا التعرض الحاصل للمشترى . وسبيله فى هذا أن يتدخل فى الدعوى المقامة من هذا الأجنبى ، فإذا لم يفلح مع ذلك فى تفادى هذا التعرض ودفعه ، كان من الواجب عليه تعويض المشترى .

ويشترط لضمان البائع لتعرض الغير توافر الشروط الآتية :

١- أن يكون التعرض قانونيا .

٢- أن يكون سبب التعرض سابقا على البيع .

٣- أن يكون التعرض حالا .

ونعرض لهذه الشروط فيما يلى :

١٨٥- شروط التعرض الصادر من الغير :

يشترط في التعرض الصادر من الغير والذي يضمنه البائع، توافر الشروط الثلاثة الآتية :

الشرط الأول :

أن يكون التعرض قانونيا :

لايضمن البائع للمشترى سوى التعرض القانونى دون التعرض المادى الصادر من الغير .

والتعرض المادى هو الذى لايستند فيه الغير إلى أى حق على الشئ المبيع ، ومن ثم فإنه يعد عملا من أعمال التعدى الذى يجد المشترى فى القانون وسائل متعددة لصدها وحماية نفسه منها الحماية المرجوة .

ومثال ذلك أن يسرق أجنبى المنقول المبيع أو يغتصب حيازة الأرض المبيعة .

ويعتبر تعرضا ماديا بالنسبة للمشترى التصرف القانونى الصادر من الغير لآخر . كما إذا قام الغير بالتصرف فى العين ببيع أو إيجار أو خلافه بدون حق . فإن هذا التصرف يعتبر عملا ماديا بالنسبة للمشترى إذ أنه ليس طرفا فيه [١].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٧ .

فالبائع لايضمن التعرض المادى الصادر من الغير ، ولو نص على خلاف ذلك فى العقد . وهذا هو ما قرره المشرع أيضا بالنسبة لعقد الإيجار (م٥٧٥/١ مدنى) ، إذ الحكمة واحدة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم قد انتهى إلى أن المتعرض للمشترى وهو من الغير لم يكن على حق فى تعرضه ، وأن البائع قد باع ما يملك، فإن مؤدى ذلك أن ينفك عن البائع التزامه بضمان التعرض القانونى عملا بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٤١ من القانون المدنى ، ولايعيب الحكم وصفه ذلك التعرض بأنه مادى ، ذلك أن وجه الرأى فى الحكم لايتغير سواء أسبغ الحكم على التعرض المذكور صفة التعرض المادى أو القانونى ، لأن البائع فى النهاية لايكون ملزما بضمان التعرض فى الحالتين على أساس انفكاك الضمان عن البائع إن كان تعرضا قانونيا وعدم ترتب هذا الضمان إن كان التعرض ماديا .

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢)

وفى هذا يختلف ضمان التعرض الصادر من البائع نفسه عن ضمان البائع التعرض الصادر من الغير . فكما أسلفنا يضمن البائع تعرضه ولو كان ماديا [١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٤٨- محمد شكرى سرور ص ٣٢٥ ومابعدها- اسماعيل غانم ص ١٧٤ .

وقد يلجأ المشترى فى سبيل دفع هذا التعرض المادى إلى دعاوى الحيازة إذا توافرت لديه شروطها ، أما إذا لم تتوافر لديه هذه الشروط تعين عليه اللجوء لدعوى الحق ولو لم يكن عقده مسجلا إذ للمشترى ولو لم يكن عقده مشهرا جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب نفى حق الارتفاق. وله رفع دعوى الريع ، كذلك يجوز له اللجوء إلى السلطة العامة لتدفع عنه ما وقع من اعتداء .

أما التعرض القانونى ، فهو الذى يستند فيه المتعرض إلى حق يدعيه . والحق الذى يدعيه الغير ، فيتعرض على أساسه للمشترى، قد يكون حق ملكية بأن يدعى الغير أنه المالك الحقيقى للمبيع كله أو بعضه ، فإذا نجح الغير فيما يدعيه ، كان هذا استحقاقا كليا فى الحالة الأولى واستحقاقا جزئيا فى الحالة الثانية وقد يدعى الغير أن له حقا على المبيع يحتج به على المشترى مع بقاء الملكية له ، فيكون هذا تعرضا قانونيا يستند إلى تكليف يثقل العين المبيعة ، سواء كان الحق المدعى به حقا عينيا كانتفاع أو ارتفاق أو رهن، أو حقا شخصيا كمستأجر [1].

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٧٤ ومابعدها- عبد الودود يحيى ص ١١٦- سمير تناغو ص ٢٧١ ومابعدها .

كذلك يتحقق الاستحقاق إذا قام دائنو البائع بالتنفيذ على العقار قبل إتمام إجراءات نقل الملكية بالتسجيل ، لأن هذا سيؤدى إلى بيع العقار فى المزاد وحرمان المشترى من ملكية العين .

وكان تعرض الغير الذى يوجب ضمان البائع فى التقنين المدنى القديم قاصرا على الحقوق العينية وحدها . وكان هذا التضييق من التزام البائع بالضمان محلا للنقد .

ولذلك أطلق القانون الجديد لفظ الحق ليشمل الحق العينى والحق الشخصى على السواء [(١)].

ومن أمثلة الحقوق الشخصية التى قد يدعيها الغير ، أن يتمسك بأنه مستأجر للعين المبيعة وأن عقد إيجاره ثابت التاريخ وسابق على البيع ، فيكون نافذا فى حق المشترى طبقا للمادة ٦٠٤ مدنى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١-" إن مجرد التعكير المادى الحاصل من الغير للمشترى فى العين المبيعة لا يدخل بحال فى ضمان البائع حتى ولو كان

---

(١) **وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :**

" إن المادة ٣٠٠ من القانون المدنى صريحة فى أن ضمان البائع لايشمل إلا الحقوق العينية . وحق المستأجر على العين المؤجرة ليس إلا حقا شخصيا ، فهو لا يدخل فى حكم هذه المادة " .

(طعن رقم ١٠ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/١٠)

منصوصا عليه فى العقد ، لأن ما يضمنه البائع بصفته هـذه هـو التعرض أو الاستحقاق المستند إلى سبب أو نزاع قانونى " .

(طعن رقم ٣٠ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/١١/١٨)

٢- " البائع يضمن المبيع من كل تعرض للمشترى يستند إلـى حق أو وجه قانونى ، ويشمل ذلك وجود دين شخصى على مورث البائع وحصول الدائن على حكم بدينه ثم على حق اختصاص علـى المبيع " .

(طعن رقم ١٠ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٢٤)

٣- " إذ تقضى المادة ٤٣٩ من القانون المدنى بأن يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه إذا كـان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيـع حـق على المبيع يحتج به على المشترى فقد أفادت - وعلى ماجرى بـه قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط لقيام ضـمان البـائع أن يكـون مصدر الحق العينى هو فعل البائع " .

(طعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٦)

الشرط الثانى :

أن يكون سبب التعرض سابقـا على البيع :

لايضمن البائع تعرض الغير للمشترى بادعاء حق إلا إذا كـان هذا الحق سابقا على البيع ، وبعبارة أخرى يجب أن يثبت أن البائع

وقت أن باع قد باع شيئا مثقلا بحق للغير موجب للضمان . أما لو كان سبب التعرض لاحقا على البيع لم يضمنه البائع ولم يكن مسئولا عنه ، لأنه لم ينقل البيع محملا بسبب الضمان ، ولأن هذه الواقعة المؤدية للتعرض واللاحقة على البيع لاتعدو أن تكون في الغالب راجعة إلى خطأ من المشترى نفسه أو إهمال منه .

فإذا كان الحق الذى يستند إليه المتعرض ثابتا قبل البيع فإن البائع يسأل عنه أيا كان سببه ، وذلك لأنه نقل الحق محملا بسبب التعرض . فالبائع يلتزم بالضمان إذا ادعى الغير أنه كان مُالكا للمبيع وقت العقد ، وأن البائع باع مالا يملك ، سواء كان الغير قد كسب حقه بالشراء أم بأى تصرف آخر . أم كان كسبه بوضع اليد الذى اكتملت مدته قبل البيع .

ويستوى مع هذا أن يكون الغير له على المبيع ، وقت البيع حق انتفاع أو رهن أو ارتفاق أيا كان سببه أو كان قد صدر قرار نزع ملكية العقار قبل بيعه[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان الثابت من الأوراق ومن الحكم الابتدائى الذى أحال إليه الحكم المطعون فيه أن السيارة محل النزاع دخلت البلاد

---

(١) عبد الودود يحيى ص ١٢٧ – اسماعيل غانم ص ١٧٥ ومابعدها .

تحت نظام الإفراج المؤقت طبقا لقانون الجمارك الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ والقرارات المنفذة له ويوجب هذا النظام على من أدخلها إعادة تصديرها أو أداء الضرائب الجمركية المستحقة عليها فى حالة توافر الشروط اللازمة لاستيرادها ، وإذا بيعت قبل أداء الضريبة انتقلت ملكيتها محملة بعبء الضريبة المستحقة وهو دين ممتاز له أسبقية على غيره من الديون عملا بالمادة ١١٣٩ من القانون المدنى ، وإذ كان الطاعن قد باع السيارة للمطعون عليه الأول بالعقد المؤرخ ١٩٧٠/٤/٦ قبل سداد الضرائب الجمركية المستحقة عليها مما ترتب عليه إصدار أمر بضبطها وسحب رخصتها فى ١٩٧٠/٩/١٢ وهو تعرض من الغير الذى كان له حق على المبيع وقت البيع ترتب عليه منع المشترى من الانتفاع به وهو ما يجيز للأخير الحق فى طلب فسخ العقد أو الرجوع بدعوى الاستحقاق سواء كان يعلم سبب الاستحقاق أو لايعلم به فإن الحكم المطعون عليه إذ قضى بفسخ عقد البيع الذى تضمن بيع الطاعن للمطعون عليه السيارة لايكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٩)

٢- " يقضى قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ والقرارات المنفذة له بمصادرة السيارة فى حالة بيعها بدون إذن استيراد فضلا عن تحملها بدين الضريبة المستحقة وهو دين ممتاز عملا بالمادة

١١٣٩ من القانون المدنى ، وإذ كان الثابت من الأوراق أنه ترتب على المخالفة المشار إليها ضبط السيارة بناء على طلب مصلحة الجمارك مما نجم عنه حرمان المشترى (المطعون عليه) من الانتفاع بها فإن هذا الضبط يعتبر تعرضا مبنيا على سبب قانونى يضمنه البائع (الطاعن)- ذلك أنه يكفى لنشوئه أن يحرم المشترى فعلا من المبيع لأى سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه وليس فى مقدوره دفعه . ولايتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بنزع ملكية المبيع المشترى بل يقصد به أى تعرض له من شأنه أن يؤدى إلى نزع الشئ المبيع حتى ولو كان البائع حسن النية لايعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

٣- " إذا كان الثابت فى الدعوى حسبما حصله الحكم المطعون فيه أن بنك مصر اتخذ إجراءات التنفيذ على قطعة أرض مقام عليها منزل مملوك للمطعون عليه الأول اشتراه من المطعون عليه الثانى وآخر وذلك وفاء لدين مستحق للبنك على مدينه المالك الأصلى لهذه الأرض ، وقام المطعون عليه الأول بدفع الدين للبنك توقيا لبيع منزله ، ثم رفع دعواه الحالية يطالب مورث الطاعنين وهو البائع للبائعين له بهذا المبلغ ، فإن مفاد ذلك أن المطعون عليه الأول

يرجع بما دفعه للبنك على مورث الطاعنين لا بوصفه مدينا شخصيا للبنك ، وإنما بوصفه بائعا للبائعين للمطعون عليه الأول وأن دفع الأخير دين البنك يعتبر بالنسبة لهذا البائع استحقاقا للمبيع فيجب عليه الضمان ويلتزم بأن يدفع للمطعون عليه الأول - المشترى- ما دفعه للبنك لايغير من هذا النظر أن مورث الطاعنين التزم فى الاقرار المؤرخ ... بأن يدفع دين البنك أو أثمان العقارات المبيعة لأن ذلك من جانبه ليس إلا اقرارا بالتزامه بضمان الاستحقاق وتعديلا لأحكامه المنصوص عليها فى المادتين ٤٤٣، ٤٤٤ من القانون المدنى ، إذ يجوز للمتعاقدين طبقا للمادة ٤٤٥ من هذا القانون أن يتفقا على تعديل هذه الأحكام " .

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٦)

وبناء عليه لايسأل البائع عن مصادرة المبيع بعد البيع أو الاستيلاء عليه أو نزع ملكيته بواسطة السلطات العامة ، ولا عن التقادم الذى اكتسب به الأجنبى ملكية المبيع بعد البيع . كذلك لايسأل البائع إذا كان سبب الاستحقاق راجعا إلى فعل المشترى أو إهماله ، كما إذا أهمل المشترى التمسك باكتساب ملكية الشئ المبيع بالتقادم ليصد دعوى الاسترداد المقامة عليه ، الأمر الذى كان سيترتب عليه رفض هذه الدعوى .

وقد نص القانون نفسه – تطبيقا لنفس الفكرة – على أنه إذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان ، إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق (م٤٤٠/٣) . فالبائع لايسأل هنا لأن سبب الاستحقاق راجع إلى فعله لا لسبب سابق على البيع .

وكذلك إذا اعترف المشترى بالحق للأجنبى دون أن ينتظر صدور حكم قضائى وبعد أن أخطر البائع ولم يتدخل ، فإن المشرع يعطيه الحق فى الرجوع على البائع بالضمان (م٤٤١) ، ولكنه يفقد هذا الحق إذا أثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه فسبب الاستحقاق هنا يرجع إلى خطأ المشترى وعليه تبعته .

ولايشترط لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون المشترى وقت البيع غير عالم بالحق الذى يدعيه الغير ، أو أن يكون البائع عالما بهذا الحق . وحتى لو كان المشترى عالما بالحق الذى يدعيه الغير ، وحتى لو كان البائع لايعلم به ، فإن البائع يكون مع ذلك مسئولا عن الضمان إلا إذا اشترط عدم مسئوليته باتفاق خاص وفقا للفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدنى كما سنرى [١].

---

(١) السنهورى ص ٦٥١ ومابعدها .

فالقاعدة إذن هى عدم مسئولية البائع عن الحق الذى يثبت للأجنبى بسبب لاحق على البيع أو راجع إلى المشترى على أنه يستثنى من هذه القاعدة حالتان يسأل فيهما البائع رغم كون التعرض مبنيا على سبب لاحق على البيع .

الحالة الأولى : أن يكون الحق الذى ثبت للأجنبى بعد البيع راجعا إلى البائع نفسه. لأننا نكون فى الواقع بصدد تعرض شخصى من البائع . وعلى هذا نصت المادة ٤٣٩ صراحة ، إذ نصت فى عجزها على أنه : " يكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان الحق قد آل إليه من البائع نفسه" ، كما لو قام بائع العقار ببيعه مرة ثانية إلى مشترى سجل عقده قبل المشترى الأول فخلصت له بذلك ملكية المبيع ، أو قام البائع بعد البيع برهن العقار المبيع وقيد هذا الرهن قبل تسجيل البيع فانتقل المبيع إلى المشترى محملا بهذا الرهن [١].

وكذلك إذا حجز دائنو البائع الشخصيين على المبيع بعد البيع وقبل انتقال ملكيته إلى المشترى وقاموا ببيعه بالمزاد العلنى ، فإن البائع يضمن تعرض الراسى عليه المزاد ، لأنه يعتبر قد تملك بعد البيع من البائع نفسه ، ولا يستطيع البائع أن يسقط التزامه بالضمان

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٥٠ – اسماعيل غانم ص ١٧٥– محمد شكرى سرور ص ٣٢٧ .

بالتمسك بأن سبب التعرض فى هذه الحالة يرجع إلى المشترى الذى أهمل فى إجراء التسجيل ، مما مكن الدائنين من الحجز على المبيع باعتباره لازال مملوكا للبائع (١).

. وفى الحالة التى يتحقق فيها ضمان البائع للتعـرض لأن حـق الغير وإن كان لاحقا للبيع إلا أنه مستمدا من البائع نفسـه ، يكـون مسئولا عن التعرض باعتباره صادرا من الغير وباعتباره صـادرا منه هو فى وقت واحد . ويترتب علي ذلك أنه لايجوز الاتفاق فـى هذه الحالة على إسقاط الضمان ، لا باعتبار أن التعرض صادر من الغير ، بل باعتبار أن التعرض صادر من البائع (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن عقد البيع سواء أكان مسجلا أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة . فإذا لم يقم البائع بتنفيذ هذا التعهد أو لم يتمكن من القيام بـه واسـتحقت العين المبيعة أو نزعت ملكيتها بسبب ترتب حق عينى عليها وقـت البيع أو لنشوء هذا الحق بفضل البائع بعد تاريخ العقد فإنـه يجـب عليه رد الثمن مع التضمينات طبقا لما تقضى بـه المادتـان ٣٠٠،

---

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٧٠ .

(١) السنهورى ص ٦٥١ .

٣٠٤ من القانون المدنى . ولايسقط حق الضمان عن البـــائع إلا إذا اشترط عدم الضمان وكان المشترى عالما وقـــت الشـــراء بســـبب الاستحقاق أو اعترف أنه اشترى ساقط الخيار .

أما عدم تسجيل المشترى عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذن فالحكم الذى يرفض دعوى الضمان تأسيسا على أن نزع ملكية العين من المشترى لم يكن إلا نتيجة إهماله فى تســـجيل عقد شرائه مما مكن دائن البائع الشخصى من نزع ملكيـــة العـــين المبيعة ، يكون حكما مخالفا للقانون متعينا نقضه " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٢/١٣)

٢- " إن المادة ٣٠٠ من القانون المدنى فرقـــت بـــين ضـــمان التعرض القانونى الذى يواجه المشترى بناء على حق عينى علـــى المبيع وقت البيع ، وضمان التعرض الذى يقع بناء على حق عينى لاحق للبيع فاشترطت فى الحالة الأخيرة فقط لقيام ضمان البائع أن يكون مصدر الحق العينى هو فعل البائع . أما فى الحالـــة الأولـــى فإطلاق نص المادة لايدع مجالا للشك فى أنه لايشترط فى وجـــوب ضمان البائع للتعرض بناء على حق عينى وقت البيع أن يكون من فعل البائع ، بل يصح أن يكون مصدر هذا الحق العينى هو غيـــر البائع متى كان من الجائز قانونا أن يواجه المشترى وقت البيع بهذا الحق ، كأن يكون مثلا سند المتعرض من تعرضه تملكـــا بســـبب صحيح ، أو تملكا بمضى المدة الطويلة ، وتوافر شروط أيهما وقت

البيع ، أو رهنا سابقا على البيع مرتبا من غير البائع المالك في الحالة التي وردت بشأنها المادة ٧٩ مكررة من القانون المدني [1]. فإذا كان الثابت أن العقود التي تلقى بها بعض المتعرضين حقوقهم لاحقه للبيع الصادر إلى المتعرض له ولكن سندهم في الملك يرجع إلى ما قبل البيع له فإنه يكون من المتعين على المحكمة ألا تقف عند تاريخ عقود المتعرضين بل يكون عليها أن تستبين هل لأسلاف هؤلاء المتعرضين حق يجوز أن يواجه به المشتري وقت البيع. ولايحول دون هذا أن يكون سلف المتعرضين قد تملكوا بعض العين بناء على إجراءات نزع ملكية وفاء للأموال الأميرية وجهت إلى غير البائع ومورثه وتملكوا بعضا آخر بحكم مرسي مزاد كانت نتيجة ترتيب رهن من غير مالك ، إذ القاطع في الأمر أن يكون للغير وقت البيع حق عيني على المبيع يصح أن يواجه به المشتري. وإذن فالحكم الذي يقرر أن ضمان البائع لايقوم إلا إذا كان المتعرض يستند إلى حق عيني صدر إليه من البائع قبل البيع وأنه لايصح أن يقيد بالتصرفات التي يتمسك بها المتعرضون لأنها لاحقة تاريخا لعقد البيع الصادر إلى المتعرض له ، ولأن نزع ملكية بعض المبيع لم يكن موجها إلى البائع ولا ورثة والده- هذا الحكم يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٣/٣١)

---

(١) لامقابل لها في القانون المدني الجديد .

٣- " ملكية المنقول تنتقل - فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير- بمجرد التعاقد إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات ، مما مفاده أن تصرف البائع فى الشئ لمشتر ثان يكون صادرا من غير مالك لأن ملكيته قد انتقلت منه إلى المشترى الأول ، إذا تعرض الأخير للمشترى الثانى مدعيا ملكية المبيع وانتزعه منه ، حق للمشترى الثانى الرجوع على بائعه بضمان الاستحقاق ".

(طعن رقم ٥٥٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٨)

" يكفى للرجوع بضمان الاستحقاق أن يحرم المشترى فعلا من المبيع لأى سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه ، أو ليس فى مقدوره دفعه ولايتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بنزع ملكية المبيع من المشترى " .

(طعن رقم ٥٥٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٨)

الحالة الثانية :

إذا كان التقادم السارى لمصلحة الأجنبى ، ولو أن مدته لم تكتمل وقت البيع إلا أنها كانت وشيكة الاكتمال فى ذلك الوقت بحيث لم تتهيأ الفرصة للمشترى ولم يتسع له الوقت المعقول الكافى لقطع التقادم ، كما لو كانت المدة الباقية لاكتمال التقادم شهرا مثلا[١] .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٥٠ - اسماعيل غانم ص ١٧٥ .

الشرط الثالث :

أن يكون التعرض حالا :

لارجوع للمشترى على البائع بضمان التعرض والاستحقاق إلا إذا كان التعرض حالا، أى إلا إذا كان الأجنبى قد تعـــرض فعـــلا للمشترى .

فلا يكفى أن يتبين أن المبيع غير مملوك كله أو بعضه للبـــائع، أو أن عليه تكليفا مقررا لمصلحة الغير ، إذ لم يكن المالك الحقيقى فى الحالة الأولى ، أو صاحب التكليف (المنتفـــع أو المســـتأجر أو صاحب الارتفاق الخ) فى الحالة الثانية ، قد تعـــرض للمشـــترى فعلا. فحق الضمان المقرر للمشترى لا ينشأ إلا من وقت منازعـــة الغير له فعلا فى انتفاعه بالمبيع وحيازته حيازة هادئة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن حق الضمان لاينشأ إلا مـــن وقـــت منازعـــة الغيـــر للمشترى فى حيازته للمبيع وانتفاعه به، منازعة مبنية على دعـــوى حق عينى على المبيع . أما مجرد اكتشاف وجود رهن على العـــين المبيعة ، دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشترى ومـــع احتمال حصول تلك المعارضة فى المستقبل ، فـــلا يبـــيح قانونـــا للمشترى رفع دعوى الضمان ، لجواز عدم حصول التعرض فيمـــا بعد من صاحب حق الرهن " .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣٢/٣/٣)

٢- " لايوجد فيما ورد بالقانون من نصوص فى صدد حق الضمان المقرر للمشترى على البائع ما يحدد وقت نشوء هذا الحق أهو وقت عقد البيع أم وقت التعرض الفعلى . فإن المادتين ٢٦٦، ٣٠٠ من القانون المدنى قد نصتا فقط على إلزام البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ، والمادة ٣٠٤ توجب على البائع إذا حصل تعرض للمشترى أن يرد إليه الثمن مع التضمينات . أما النصوص الأخرى فلا تتضمن سوى الأحكام التى تراعى فى تعيين الثمن وتقدير التضمينات . وإذن ففقه القانون هو الذى يرجع إليه فى تحديد هذا الوقت وإذ كانت الحقوق لاتكون موجودة إلا من الوقت الذى فيه يمكن قانونا المطالبة بها فإن حق الضمان لاينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشترى فى المبيع . ولهذا تواضع الفقه على أن مجرد خشية المشترى تعرض الغير أو علمه بوجود حق للغير على المبيع لايخوله حق الرجوع على البائع بالضمان مادام لم يحصل له تعرض فعلى ، وبالتالى لاتبدأ مدة التقادم فى دعوى الضمان إلا من وقت هذا التعرض " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/١٢/٥)

ويكون التعرض غالبا فى صورة دعوى يرفعها الغير على المشترى يطالب فيها بالحق الذى يدعيه على الشئ المبيع . فقد يدعى الغير أنه مالك للشئ المبيع فتكون الدعوى التى يرفعها هى دعوى استحقاق كلى ، وقد يدعى أنه مالك لجزء من الشئ المبيع

فتكون الدعوى التى يرفعها هى دعوى استحقاق جزئى . وقد يدعى الغير أنه صاحب حق عينى على المبيع كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن ، أو يدعى الغير أنه صاحب حق شخصى يتعلق بالشئ المبيع كحق إيجار مثلا .

وإذا كان الغالب أن التعرض يقع فى صورة دعوى يرفعها الغير، إلا أنه من المتصور أن يكون الغير هو المدعى عليه فى هذه الدعوى ، كما لو كان المبيع فى حيازة الغير ، ورفع عليه المشترى دعوى يطالب باسترداده فتمسك الغير فى هذه الدعوى بدفع يستند إلى حق من الحقوق السابق ذكرها . بل وقد يقع التعرض دون أن توجد خصومة بين المشترى وبين الغير ، كما لو اعترف المشترى للغير بحقه بناء على المستندات التى قدمها له الغير ، ومن هذا القبيل أن يتخلى المشترى عن العقار المبيع للدائنين المرتهنين المقيدة حقوقهم على العقار قبل انتقال ملكيته إلى المشترى .

ويكون للمشترى أن يرجع فى هذه الحالة بضمان التعرض على البائع ، إلا أنه فى رجوعه يتعرض لخطر من خطرين : أولهما، أن يثبت البائع أن الحق الذى ادعاه الغير لايقوم على أساس .

وثانيهما: أن يتخلص البائع من نتائج الضمان إذا هو رد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية والمصروفات طبقا للمادة ٤٤٢ مدنى كما سنرى [1].

---

(١) السنهورى ص ٦٤١ ومابعدها – سمير تناغو ص ٢٧٠ ومابعدها .

كذلك يعتبر التعرض واقعا فعلا دون أن ترفع دعوى ، إذا كان البائع غير مالك للمبيع ، وبعد البيع ملكه المشترى بسبب آخر غير البيع الصادر له .

مثل ذلك أن يبيع شخص عينا غير مملوكة له، فلا تنتقل الملكية للمشترى بالبيع ولكن المشترى يرث العين من المالك أو يشتريها منه أو يوصى المالك له بها فتنتقل إليه الملكية بسبب آخر غير البيع ، فتكون العين فى الواقع من الأمر قد استحقت للمالك الحقيقى ثم انتقلت ملكيتها بعد ذلك من المالك الحقيقى إلى المشترى ومن ثم تكون العين قد استحقت فعلا ، فوجب على البائع ضمان الاستحقاق [١].

الشرط الرابع :

إن كان التعرض مستندا إلى حق ارتفاق فيشترط أن يكون الارتفاق غير ظاهر وإن كان مستنداً إلى تكليف أيا كان فيشترط ألا يكون البائع قد أعلم به المشترى .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ٤٤٥ مدنى) .

١٨٦ـ المدين والدائن فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير :

المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير هو البائع. ولاينتقل الضمان إلى الخلف العام فى ماله الخاص . لأن

---

(١) السنهورى ص ٦٤٣ ومابعدها .

واجب الضمان ينتقل إلى التركة بعد وفاة البائع ولايلتزم الورثة إلا بقدر ما استفادوا من التركة ، ولايلتزمون فى أموالهم الخاصة. فإذا باع شخص عينا مملوكة للغير ثم مات ، فإن المالك الحقيقى لـــه أن يسترد العين من المشترى ويرجع المشترى بالتعويض على التركة لا على الوارث . ولاينتقل هذا الالتزام إلى الخلف الخاص للبائع ، ولايتعدى كذلك إلى دائن البائع ، كل ذلك طبقا لما سبق ذكره بصدد المدين فى الالتز ام بضمان التعرض الصادر من لبائع نفسه [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ليس للمشترى فى حالة استحقاق المبيع للغير إلا حق الرجوع على البائع بالضمان . فإذا كانت الأطيان ملكا لوقف وباعها الناظر على أساس أنه تبادل فيها مع الوقف ثم باعها المشترى إلى آخر ثم طالب الناظر الجديد المشترى الثانى بتثبيت ملكية الوقف لها ، فـــلا يحق لهذا المشترى إذا ما حكم بإلزامه بـــرد أطيـــان الوقـــف ، أن يطلب تسليمه أطيان الناظر السابق الخاصة التى وضع يده عليهـــا بطريق البدل لأنه لم يكن متبادلا مع الوقف وإنما هو مشترى مـــن شخص آخر بعيد عنه .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/٣)

أما الدائن فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير فهـــو المشترى . ونظرا لأن الحقوق تنتقل بالميراث إلى الورثة . فـــإن

---

(١) السنهورى ص ٦٥٢ ومابعدها – عبد الناصر العطار ص ٢٧٧.

حق المشترى فى الضمان ينتقل إلى وارثه . وينتقل كذلك إلى الخلف الخاص له ، كالمشترى الثانى . ويستفيد منه كذلك دائن المشترى عندما ينفذ بحقه على العين المبيعة . كل ذلك طبقا لما سبق ذكره فى ضمان التعرض الصادر من البائع نفسه [١].

١٨٧ـ الرجوع على البائع الأصلى فى حالة توالى البيوع :

إذا توالت البيوع ، بأن باع المشترى المبيع إلى مشتر ثان، فإن للمشترى الأخير ، إذا ما تعرض له أجنبى تعرضا موجبا للضمان، أن يرجع على البائع المباشر له ، كما يجوز له أن يرجع مباشرة على البائع لبائعه .

وهو فى هذا الرجوع المباشر، الذى يرجع به باسمه الشخصى- إنما يستند إلى انتقال دعوى الضمان التى كانت لبائعه المباشر قبل من باع له إليه هو مع المبيع بحسبانها من ملحقاته . ويترتب على ذلك أنه لايجوز للمشترى الأول بعد أن باع العين أن يرجع بدعوى الضمان على البائع له ، فلم تعد هذه الدعوى فى متناوله بعد أن انتقلت إلى خلفه [٢].

---

(١) السنهورى ص ٦٥٥ ومابعدها - عبد الناصر العطار ص ٢٧٨ .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٣٣٢ - عبد الودود يحيى ص ١٢٠ .

مـــادة (٤٤٠)

١- إذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع وأخطـر بها البائع ، كان على البائع بحسب الأحوال ، ووفقا لقانون المرافعات أن يتدخل فى الدعوى إلى جانب المشترى أو أن يحل فيها محله .

٢- فإذا تم الإخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى ، وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه .

٣- وإذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق .

الشـــرح

التنفيذ العينى لضمان التعرض الصادر من الغير :

١٨٨- التزام البائع بدفع التعرض :

إذا تعرض الغير للمشترى تعرضا يضمنه البائع على الوجه الذى بيناه سلفا ، كان على البائع حتى ينفذ التزامه تنفيذا عينيا أن يدفع عن المشترى هذا التعرض ، فإذا لم يستطع دفع التعرض كان مخلا بالتزامه لأنه يلتزم بتحقيق غاية ، والالتزام بتعويض المشترى

هو ما يسمى ضمان الاستحقاق الذى يرجع به المشترى إما بطلب فرعى أثناء الدعوى المرفوعة من الغير أو بدعوى أصلية بعد ثبوت الاستحقاق [١].

وليس فى هذا سوى تطبيق للقواعد العامة. فالالتزام بالضمان هو التزام بعمل ، والأصل أنه يجب تنفيذه عينا مادام التنفيذ العينى ممكنا . ويجرى التنفيذ العينى للالتزام بالضمان عن طريق تدخل البائع فى الدعوى القائمة بين المشترى والغير ليتولى هو الدفاع فيها. فإذا لم يستطع البائع تنفيذ هذا الالتزام بنجاح ، أو بعبارة أخرى إذا لم يتمكن من توقى الاستحقاق، أو إذا لم يكن من التنفيذ العينى جدوى لانعدام فائدته (كما لو ثبت الاستحقاق دون حكم قضائى) ، لم يكن أمام البائع من سبيل سوى التنفيذ عن طريق التعويض . هذا ما لم يطلب المشترى (وهو هنا الدائن بالالتزام) فسخ العقد لعدم التنفيذ . والفسخ فى هذه الحالة يكون قضائيا ما لم يتضمن العقد نصا صريحا يستبعد الفسخ القضائى ويحل محله فسخا للعقد بدون التجاء إلى القضاء .

أما إذا استطاع البائع صد التعرض وتوصل إلى رفض دعوى الأجنبى فقد أفلح فى تنفيذ التزامه عينا .

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٦٤- عبد المنعم البدراوى ص ٤٦٨ ومابعدها .

١٨٩ـ التزام المشترى بإخطار البائع بالتعرض :

إذا ما تعرض الغير تعرضا قانونيا للمشترى ، بأن رفع عليه دعوى بحق على المبيع ، أو كان المشترى هو الذى رفع الدعوى على الغير فرفع الغير دعواه بادعاء حق على العين [١]، كان على المشترى أن يبادر بإخطار البائع بادعاء الغير .

لأن هذا التعرض يستند إلى حق اكتسبه الغير بخطأ البائع، والبائع أقدر من المشترى على دفع هذا التعرض وأكثر معرفة منه بتسلسل الحقوق الواردة على المبيع ومداها ، وقد يكون لديهُ أدلة حاسمة تدحض حق الغير المدعى به [٢].

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٨٠ .

(٢) **ولذلك قضى بأن :**

" لما كان البائع ملزما للمشترى بضمان صحة البيع ونقل الملكية إليه وعدم التعرض له وملزما قانونا بالتضمينات فى حالة الحكم نهائيا بعدم ثبوت ملكيته للمقدار المبيع منه كله أو بعضه ، وكان له بحكم هذا الضمان مصلحة محققة فى الدفاع عن حقوق المشترى منه ، لما كان ذلك يكون للطاعنين التمسك بأن عقدى المشترى منهما المسجل يفضل عقد المطعون عليهما الأولى والثانية غير المسجل والصادر لهما من مورث الطاعنين عن نفس العقار وإن كان المشترى من الطاعنين لم يتمسك بهذا الدفاع " .

(طعن رقم ٣٥٦ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٦/٤)

وإذا كان القانون لم ينص بطريق مباشر على واجب المشــترى فى إخطار البائع كما فعل بالنسبة للمستأجر فى عقد الإيجــار ، إلا أنه قد فرض عليه هذا الواجب بطريق غير مباشر ببيان الآثار التى تترتب على الإخطار أو عدم الإخطار (مادتان ٤٤٠، ٤٤١ مدنى).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" هاتان مادتان لا نظير لهما فى التقنــين الحــالى ، وإن كانــا لايعدوان أن يكون تطبيقا للقواعد العامة وهما يدوران حول وجوب إخطار المشترى للبائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من أجنبى فى وقت ملائم ، تمهيدا للرجوع على البائع بضــمان الاســتحقاق، وتنظيما لحق كل من الطرفين ، فهذا الإخطار واجب على المشترى حتى يتبصر البائع فى وسائل الدفاع عن الحق الذى باعه فى الوقت المناسب " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٨٥- ولا محل بداهة لإخطار البائع إذا حصل تعرض من الغير للمشترى دون رفع دعــوى وإقامــة المشترى دعوى الضمان على البائع مباشرة .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" التعرض القانونى الصادر من الغير قد يتحقق فى صورة رفع دعــوى وعندئذ يتعين على المشترى إخطار البائع فى وقت ملائم عملا بالمــادة ٤٤ من القانون المدنى ، أما إذا وقع التعرض من الغير دون رفع دعوى وأقام المشترى دعواه مباشرة على البائع بالضمان فلا يكون هناك محل للإخطار " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

والإخطار لا يكون واجبا إلا حيث يرجع المشترى على البائع بضمان الاستحقاق ، أما إذا رجع عليه بدعوى الفسخ أو إبطال بيع ملك الغير فلا محل للإخطار .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" البين من المادة ٤٤٠ من القانون المدنى أن الإخطار المنصوص عليه فيها لا يكون إلا حين ترفع على المشترى دعوى من الغير باستحقاق المبيع ولا محل للتمسك بعدم حصول هذا الإخطار إلا حيث يرجع المشترى على البائع بضمان الاستحقاق على أساس قيام عقد البيع . أما إذا اختار المشترى سبيل المطالبة بفسخ العقد فإنه لا مجال لتطبيق المواد من ٤٤٠ إلى ٤٤٣ من القانون المدنى الخاصة بضمان الاستحقاق . وقد أفصح المشرع عن استقلال دعوى الضمان عن دعوى الفسخ والإبطال فى المادة ٤٤٣ من القانون المدنى التى بينت عناصر التعويض الذى يحق للمشترى أن يطلبه من البائع فى حالة الرجوع عليه بدعوى الضمان عند استحقاق المبيع كله وذلك بنصه فى الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أن " كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله ".

(طعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

لم تحدد المادة مدة معينة يجب أن يتم فيها الإخطار وإنما اكتفت بأن يتم الإخطار فى الوقت الملائم ، والمقصود أن يكون الإخطار فى وقت مناسب يسمح له بأن يتبصر فى وسائل الدفاع عن الحق الذى باعه [١].

ويخضع تقدير الوقت الملائم لتقدير قاضى الموضوع .

١٩٠ـ شكل الإخطار :

لم يحدد المشرع شكلا خاصا يجب أن يتم فيه الإخطار ، فيجوز أن يتم الإخطار بأى شكل ، فيصح أن يكون بإنذار على يد محضر أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو شفويا ، ويقع عبء إثباته على المشترى .

غير أنه يفضل أن يكون مكتوبا حتى يسهل على المشترى إثباته [٢].

١٩١ـ إدخال البائع ضامنا فى الدعوى :

إذا كان المشترى لا يلزم إلا بإخطار البائع بالدعوى المقامة عليه من الأجنبى ، أو بادعاء الأجنبى فى الدعوى التى يرفعها المشترى ، إلا أنه يستطيع عدم الاكتفاء بهذا الإخطار فيطلب إدخال

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٣٣ .

(٢) السنهورى ص ٦٦٤ – محمد لبيب شنب ص ١٧٥– منصور مصطفى منصور ص ١٦٤ – المستشار أنور طلبه ص ٥٢٦ .

البائع فى الدعوى على الرغم منه ، وهو يدخله ضامنا فى الدعوى وفقا للقواعد المبينة فى قانون المرافعات [١].

وإدخال البائع ضامنا فى الدعوى أفضل من مجرد إخطاره للأسباب الآتية :

١- يفيد طالب الضمان عند تقديمه دعوى الضمان بطلب عارض من دفاع البائع عنه فى الدعوى الأصلية .

٢- فى جمع الدعوى الأصلية مع دعوى الضمان الفرعية توفير للوقت والمصاريف ، إذ يكون فى وسع المشترى استصدار حكم له على البائع فى الوقت الذى يصدر فيه الحكم فى دعوى الاستحقاق الأصلية المرفوعة من الغير .

٣- للمشترى أن يطلب خروجه من الدعوى الأصلية، فلا يتحمل مصاريفها فى حالة الحكم لمصلحة خصمه ، إذ تجيز المادة ١٢١ مرافعات لطالب الضمان (وهو هنا المشترى) أن يطلب إخراجه من الدعوى إذا لم يكن مطالبا بالتزام شخصى ، كما إذا طالبه المدعى فى دعوى الاستحقاق بتعويض عن التلف الذى وقع منه أو عن الثمار التى قبضها [٢].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٧١ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٤٧١ ومابعدها – وقد نظم قانون المرافعات كيفية إدخال ضامن والحكم الذى يصدر فى دعوى الضمان فى المواد من (١١٩- ١٢٢) كالآتى :

١- يجب على المحكمة فى المواد المدنية إجابة الخصم إلى طلب تاجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها إذا كان الخصم قد كلف ضامنه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلانه بالدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان أو إذا كانت الثمانية أيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى .

وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لإدخال الضامن جوازيا للمحكمة ويراعى فى تقدير الأجل مواعيد الحضور ويكون إدخال الخصم للضامن بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى (م١١٩) .

٢- يقضى فى طلب الضمان وفى الدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك وإلا فصلت المحكمة فى طلب الضمان بعد الحكم فى الدعوى الأصلية (م١٢٠) .

٣- إذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية يكون الحكم الصادر على الضامن عند الاقتضاء حكما للمدعى الأصلى ولو لم يكن وجه إليه طلبات ويجوز لطالب الضمان أن يطلب إخراجه من الدعوى إذا لم يكن مطالبا بالتزام شخصى (م١٢١) .

٤-إذا رأت المحكمة أن طلب الضمان لا أساس له جاز لها الحكم على مدعى الضمان بالتعويضات الناشئة عن تأخير الفصل فى الدعوى الأصلية (م١٢٢) .

أما عن الاختصاص القيمى بدعوى الضمان ، فإنه إذا كانت دعوى الاستحقاق مرفوعة أمام المحكمة الابتدائية ، كانت هذه المحكمة مختصة بنظره أيا كانت قيمته (م٣/٤٧ مرافعات) . أما إذا كانت دعوى الاستحقاق مرفوعة أمام المحكمة الجزئية فإنها لاتختص بنظره إذا كانت قيمته تزيد على حدود نصابها (عشرة آلاف جنيه) .

وفى الحالة الأخيرة يجوز لها أن تحكم فى الطلب الاصلى وحده إذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة وإلا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية وطلب الضمان بحالتها إلى المحكمة الابتدائية المختصة ويكون حكم الإحالة غير قابل للطعن (م٤٦ مرافعات).

وأما عن **قواعد الاختصاص المحلى** بالنسبة إلى دعوى الضمان ، فتختص المحكمة التى تنظر دعوى الاستحقاق بنظر دعوى الضمان ولو لم تكن المحكمة التى تنظر دعوى الاستحقاق مختصة محليا بدعوى الضمان لو أنها رفعت إلى القضاء كطلبات أصلية (م٦٠مرافعات). ومبنى هذا الاستثناء أن الصلة التى تربط بين دعوى الضمان وبين الدعوى الأصلية تبرر رفع دعوى الضمان إلى المحكمة المطروح عليها الدعوى الأصلية ولو كان فى ذلك مخالفة للقاعدة العامة فى الاختصاص المحلى .

ومع ذلك يجوز للبائع أن يتمسك بعدم اختصاص هذه المحكمة بدعوى الضمان إذا أثبت أن الدعوى الأصلية لم تقم إلا بقصد جلبه أمام محكمة غير محكمته (م٦٠مرافعات) .

(الدكتور رمزى سيف الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثامنة ١٩٦٨ - ١٩٦٩ ص ٣٠٩) - كما إذا تعمد الغير (المتعرض) أن يرفع دعواه على المشترى فى محكمته حتى يجلب البائع إلى هذه المحكمة ، وكان الأيسر له أن يرفع الدعوى مباشرة على البائع فى محكمته مع إدخال المشترى خصما فى الدعوى (السنهورى ص ٦٦٦ هامش (٢) ومابعدها).

كما يجوز للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال البائع خصما فى الدعوى عملا بالمادة ١١٨ مرافعات التى تجرى على أن: " للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة .

وتعين المحكمة ميعادا لايجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإدخاله ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى " .

وحتى إذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم، ولكن علم بها البائع ، كان له أن يتدخل فى الدعوى من تلقاء نفسه عملا بالمادة ١٢٦ مرافعات التى تقضى بأن : " يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى .

ويكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهة فى الجلسة فى حضورهم ويثبت فى محضرها ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى " .

١٩٢- أثر إخطار المشترى للبائع بدعوى الاستحقاق :

تنص الفقرة الثانية من المادة (٤٤٠) على أنه : " فإذا تم الإخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى ، وجب

عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشترى أو لخطا جسيم منه " .

وعلى ذلك يتعين التفرقة فى بيان أثر الإخطار بين حالة تـدخل البائع فى الدعوى بعد إخطاره فى الوقت الملائم ، وحالة عدم تدخله بعد هذا الإخطار .

١٩٣ـ أولاً : حالة تدخل البائع فى الدعوى :

إذا تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق بعد إخطاره أو تدخل مـن تلقاء نفسه ، فإن له أن يقتصر على تدخله فى الدعوى كما أن له أن يحل محل المشترى فى الدعوى أمام المتعرض .

وإذا تدخل البائع كان المشترى بالخيـار ، إن شـاء بقـى فـى الدعوى وإن شاء طلب إخراجه منها حتى يتفادى ما يسـببه بقـاؤه فيها من مشاكل أو احتمال الحكم عليه بمصروفات الدعوى فى حالة ثبوت حق الأجنبى . وغالبا ما يكون من صالح المشترى أن يظـل فى الدعوى حتى يتمكن من مراقبة البـائع فـى دفاعـه ، وحتـى يستطيع أن يوجه إليه طلبا فرعيا بالضمان فى حالة ثبـوت الحـق للأجنبى ، فيحكم القاضى فى الدعوى الأصلية والطلـب الفرعـى بالضمان الموجه من المشترى إلى البائع بحكم واحد .

وقد لايستطيع المشترى الخروج من الدعوى كما لو طالبه الغير

بثمار المبيع أو بتعويض عما أحدثه فيه من تلف وإذا طلب المشترى إخراجه من الدعوى ، حل البائع محله فيها [١].

وسواء بقى المشترى فى الدعوى ، أو خرج منها ، فإن البائع يلتزم بمعاونة المشترى فى دعوى التعرض – إذا لم يخرج منها– أو دفعها وحده إذا خرج منها . فإذا نجح البائع فى دفع دعوى التعرض وحكم برفض دعوى الغير فيكون قد وفى بالتزامه عينا وانتهى الأمر عندئذ .

أما إذا لم يفلح البائع فى ذلك فحكم للغير بالاستحقاق ، كان مخلا بالتزامه لأنه لم يحقق النتيجة فيكون ضامنا الاستحقاق أى ملتزما بالتعويض ، ويقرر هذا التعويض طبقا للقواعد التى سنعرض لها فيما بعد .

فإذا كان المشترى قد بقى فى الدعوى وطلب الحكم على البائع بالتعويض عند الاستحقاق حكمت له المحكمة بذلك أما إذا كان قد خرج منها أو بقى ولم يقدم الطلب الفرعى بالضمان فله أن يرجع بعد ذلك على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق الأصلية [٢].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص٤٧٣ ومابعدها– عبد الناصر العطارص٢٢٦.

(٢) منصور مصطفى منصور ص١٩٥– اسماعيل غانم ص ١٨٠ومابعدها– عبد الودود يحيى ص ١٢٨ .

وإذا خرج المشترى من الـدعوى ، وحكـم لمصـلحة الغيـر المتعرض، لم يتحمل المشترى مصروفات الدعوى ويتحملها البـائع وحده . ولكن خروج المسرى من الدعوى الأصلية لايمنع مـن أن يكون الحكم الصادر فيها لمصلحة الغير المتعرض حجة عليه، كما أنه يظل خصما فى دعوى الضمان فيقضى لـه بـالتعويض علـى البائع(١).

١٩٤ـ ثانيا: حالة عدم تدخل البائع فى الدعوى :

إذا لم يتدخل البائع فى دعوى التعرض التـى رفعهـا الغيـر، فالأمر لايخلو من أحد فرضين :

الفرض الأول :

أن ينجح المشترى وحده فى دفع دعوى التعـرض ، ويحصـل على حكم نهائى برفض الدعوى فينتهى الأمر عند هذا الحد .

غير أنه يجوز للمشترى الرجوع على البائع بما عسى أن يكون قد تجشم من نفقات وأضرار فى دفع دعوى المتعرض ولم يحكم له بها على المتعرض نفسه (٢).

---

(١) السنهورى ص ٦٦٧ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٦٦٨ .

الفرض الثانى :

أن يصدر حكم نهائى بأحقية الغير ، أى يقضى له بالاستحقاق، فإنه يجب الضمان على البائع ويرجع عليه المشترى بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق .

ولايمكن للبائع التخلص من الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه . ومعنى هذا أن المشترى إذا لم يرتكب تدليسا أو خطأ جسيما فى الدعوى المرفوعة عليه من الأجنبى ، وثبت استحقاق هذا ، فإن الحكم الذى يصدر بالاستحقاق يكون حجة على البائع لمصلحة المشترى فى دعوى ضمان الاستحقاق . والبائع هو الذى يكلف بإثبات أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشترى أو خطأ جسيم منه . ولايستطيع البائع فى هذه الحالة أن يتخلص من دعوى الضمان التى يرفعها المشترى بدعوى أنه كان لديه وجه للدفاع كان من شأنه إبطال ادعاء المدعى .

ليس للبائع أن يزعم هذا ، فقد أخطره المشترى بالدعوى فكان عليه أن يتدخل فيها ، وهو لم يفعل ، فعليه نتيجة تقصيره [١].

---

(١) السنهورى ص ٦٦٩ ومابعدها - عبد المنعم البدراوى ص ٤٧٣ ومابعدها- محمد شكرى سرور ص ٣٣٥ ومابعدها .

وغنى عن البيان أن الحكم بالاستحقاق – فى حالة عدم تـدخل البائع فى الدعوى بعد إخطاره – وإن كان حجة للمشـترى علـى البائع فى دعوى ضمان الاستحقاق ، إلا أنه لايكـون حجـة علـى البائع لمصلحة المستحق ، مادام هذا لم يدخل البـائع فـى دعـوى الاستحقاق ليكون الحكم حجة عليه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن البائع إذ كانت كل حقوقه فى العقار تنتقل إلى المشترى فلا وجه لاعتباره ممثلا للمشترى فى أى نزاع مع الغير بشأن العقـار المبيع . ولذلك فإن كل دعوى ترفع بشأن المبيع يجب أن توجه إلى المشترى ، وإذا خوصم البائع فلا يكون الحكم الصادر عليه حجـة على المشترى ولو كان عالما بالخصومة ، لأن القـانون لايوجـب عليه التدخل فيها ".

(طعن رقم ٤٨ لسنة ١٠ ق جلسة ٢ يناير سنة ١٩٤١)

وسنرى أن هناك تيسيرا آخر منحه القانون للمشترى فى المادة (٤٤١) مدنى التى تقضى بأن يثبت حق المشترى فى الضمان ولـو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه علـى هـذا الحق دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى متـى كـان قـد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيهـا

فلم يفعل . كل ذلك مالم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ٤٤١) .

١٩٥- حالة عدم إخطار البائع بحصول التعرض أو التأخر فى الإخطار:

إذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى المرفوعة عليه أو تأخر فى إخطاره عن الوقت الملائم ، فإنه يتحمل نتيجة تقصيره ، وعلى ذلك فإذا نجح المتعرض فى إثبات صحة ادعائه وصدر له حكم حاز قوة الأمر المقضى ، وترتب على ذلك أن حرم المشترى من كل أو بعض حقوقه الناشئة عن عقد البيع ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان ، إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض الحكم باستحقاق المتعرض للمبيع [1]. ويستطيع البائع إثبات ذلك بأن يقيم الدليل على أن لديه دفعا خاصا به كان يمكنه التمسك

---

(١) وقد كان الحكم فى المشروع التمهيدى مخالفا لذلك إذ كان النص يقول "... فقد حقه فى الرجوع بالضمان إلا أثبت أن البائع ما كان ليستطيع رفع دعوى الاستحقاق حتى لو تدخل فى هذه الدعوى " بمعنى أنه يترتب على الحكم فقد المشترى حقه فى الضمان . ولكنه يستطيع أن يرجع بالضمان إذا أثبت هو أن البائع ما كان يستطيع دفع الدعوى . وفى لجنة القانون بمجلس الشيوخ اقترح تعديل النص فوافقت اللجنة على التعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٨٦ ومابعدها) .

به لو أدخل فى دعوى الاستحقاق ، أو أن لديه مستند أو دليلا آخر حاسما فى الدعوى . ولكن لايكفى لحرمان المشترى من الرجـوع بالضمان أن يكون قد أهمل فى التمسك بدفع خاص به كتملك المبيع بالتقادم ، لأن هذا الدفع قاصر على شخص المشترى ، وما كـان للبائع أن يتمسك به لو أدخل فى الدعوى (١).

ولايكفى فى هذه الحالة أن يثبت المشترى أن البائع يعلم فعـلا بالتعرض مادام لم يقم هو بإخطاره فى الوقت الملائم ، فقـد يظـن البائع أن المشترى مطمئن إلى مركزه ولايحتاج إلى تـدخل البـائع ولذلك لم يخطره(٢).

١٩٦- حق البائع والمشترى فى الطعن بالنقض فى الحكم القاضى باستحقاق العقار للغير :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" للضامن كما للمضمون الحق فى الطعن بالنقض فـى الحكـم القاضى باستحقاق العقار المبيع للغير وهذا الحق يعتبر بالنسبة لكل منهما حقا شخصيا قائما على مصلحة خاصة به ، بحيث لو طعـن الضامن بالنقض فى هذا الحكم وقضـى برفضـه فـذلك لايمنـع

---

(١) محمد لبيب شنب ص١٧٥ ومابعدها – محمد شكرى سرور ص ٣٣٦- عبد الناصر العطار ص ٢٢٧ .

(٢) السنهورى ص ٦٧١ هامش (١) .

المضمون من تقديم طعن جديد باسمه شخصيا . ولايشترط لوجـــود هذا الحق سوى اتصال الدعوى الأصلية بدعوى الضمان اتصـــالا وثيقا لا انفكاك له ، وكون الضامن قد دافع فى الدعويين معا . على أن قبول المضمون للحكم فى الدعوى الأصلية مفروض تعليقه على شرط قبول الضامن لهذا الحكم ".

(طعن رقم ٦ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٤/٧)

مــادة (٤٤١)

يثبت حق المشترى فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق، دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل. كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه .

الشــرح

١٩٧ـ ثبوت حق المشترى فى الضمان إذا اعترف بحسن نية بحق الأجنبى أو تصالح معه فى حالة إخطار البائع وعدم تدخله فى الدعوى :

رأينا فيما سلف أن المشترى إذا أخطر البائع فى الوقت الملائم برفع دعوى من الغير المتعرض ، ولكن البائع لم يتدخل فى الدعوى، ثم صدر حكم نهائى بالاستحقاق الكلى أو الجزئى للمتعرض فإن البائع يلتزم بالضمان ، ولايستطيع التنصل منه إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه .

وإلى جانب حق المشترى فى السير فى الدعوى حتى يحكم فيها، منح القانون تيسيرا على المشترى ، والذى قام بواجبه من

إخطار البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم ، ولايتدخل البائع فى الدعوى بالرغم من ذلك . فقامت القرائن بذلك على أن البائع ليس لديه ما يدفع به دعوى المستحق ، فجعل للمشترى سبيلا إلى إنهاء النزاع دون حاجة إلى انتظار حكم تدل الظروف على أنه متوقع ، وعوضا عن إضاعة الوقت فى إجراءات التقاضى ، فخوله إذا كان حسن النية ، أن يعترف للأجنبى بحقه ، أو أن يتصالح معه على هذا الحق ، ويكون لذلك نتيجة الحكم الصادر لمصلحة المستحق ، فيرجع المشترى بضمان الاستحقاق على البائع ، على أن يكون للبائع أن يدفع الرجوع بالضمان إذا أثبت أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه، وليس من الضرورى أن يثبت تدليسا أو خطأ جسيما من المشترى كما هو الأمر لو أنه حكم بالاستحقاق دون إقرار من المشترى أو صلح .

والفرق بين الحالتين ظاهر ، ففى حالة ما إذا صدر الحكم دون إقرار أو صلح ، يصبح من المعقول ألا يؤخذ على المشترى إلا التدليس أو الخطأ الجسيم ، لأنه يكون قد قام بواجبه فأخطر البائع فى الميعاد الملائم ، ويكون غير مسئول عن صدور الحكم بالاستحقاق ، فهو لم يقر بحق الأجنبى ولم يعمد إلى الصلح معه . أما فى الحالة الأخرى فإن المشترى قد تحمل مسئولية الإقرار أو الصلح ، فلو ظهر أنه لم يكن على حق فيما فعل ، بأن أثبت البائع

أن الأجنبى ليس على حق فى دعواه ، كان طبيعيا أن يفقد حقه فى الضمان[1] .

واضح ما تقدم أنه يشترط لرجوع المشترى على البائع بضمان الاستحقاق فى هذه الحالة توافر الشروط الآتية :

١- ألا يكون البائع قد تدخل أو أدخل فى الدعوى ، لأنه إذا دخل فيها ما جاز للمشترى أن يقر بحق الأجنبى أو يتصالح معه.

٢- أن يكون المشترى قد أخطره بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها .

٣- أن يكون المشترى حسن النية ويقصد بحسن النية اعتقاد المشترى بان الأجنبى على حق فى دعواه .

وينتقد البعض هذا الشرط الأخير ، تأسيسا على أن المشرع أعطى البائع ، برغم توافر الشرطين الأول والثاني الحق فى أن يثبت أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه ، فإن أثبت هذا لم يكن للمشترى الحق فى ضمان الاستحقاق . فالمشترى يكون مسئولا عن إقراره أو تصالحه لمجرد إثبات عدم أحقية الأجنبى فى دعواه ولايفيده أن يكون حسن النية أى غير عالم بذلك [2].

---

(١) محمد كامل مرسى ص٣٠٧ ومابعدها – عبد الناصر العطار ص ٢٢٧- محمد لبيب شنب ص ١٧٧ ومابعدها .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ١٩٧.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- هاتان المادتان (٥٨٧-٥٨٨) هما أيضا ، لانظير لهما فى التقنين الحالى . وهما ينظمان فى شئ من التيسير ، على المشترى فى حالة ، وعلى البائع فى حالة أخرى ، ضمان الاستحقاق .

٢- أما التيسير على المشترى فيتحقق فى الفرض الذى يقوم فيه بواجبه من إخطار البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم ، ولايتدخل البائع فى الدعوى بالرغم من ذلك . فقد سبق أن الحكم فى الاستحقاق يكون حجة على البائع ما لم يثبت تدليس المشترى أو وقوع خطأ جسيم منه . أراد المشروع ، وقد قامت القرائن على أن البائع ليس لديه ما يدفع به دعوى المستحق ، ويدل على ذلك أنه لم يتدخل بعد إخطاره بهذه الدعوى ، أن يجعل المشترى سبيلا إلى إنهاء النزاع دون.حاجة لانتظار حكم تدل الظروف على أنه متوقع. فعوضا من إضاعة الوقت فى إجراءات التقاضى ، يستطيع المشترى، إذا كان حسن النية ، أن يعترف للأجنبى بحقه ، أو أن يتصالح معه على هذا الحق ، ويكون لذلك نتيجة الحكم الصادر لمصلحة المستحق، فيرجع المشترى بضمان الاستحقاق على البائع، على أن يكون للبائع أن يدفع الرجوع بالضمان إذا أثبت أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه ، وليس من الضرورى أن يثبت تدليسا أو خطأ جسيما من المشترى كما هو الأمر لو أنه حكم بالاستحقاق

دون إقرار من المشترى أو صلح . والفرق بين الحالتين ظـاهر ، ففى حالة ما إذا صدر الحكم دون إقرار أو صـلح ، يصـبح مـن المعقول ألا يؤخذ على المشترى إلا التدليس أو الخطأ الجسيم ، لأنه يكون قد قام بواجبه فأخطر البائع فى الميعاد الملائم ، ويكون غيـر مسئول عن صدور الحكم بالاستحقاق فهو لم يقر بحق الأجنبى ولم يعمد إلى الصلح معه . أما فى الحالة الأخرى فإن المشـترى قـد تحمل مسئولية الإقرار أو الصلح ، فلو ظهر أنه لم يكن على حـق فيما فعل ، بأن أثبت البائع أن الأجنبى ليس على حق فى دعواه كان طبيعيا أن يفقد حقه فى الضمان "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٤٤١ من القانون المدنى على أنه " يثبت حق المشترى فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكـم قضائى ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فـى الوقـت الملائـم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل . كل ذلك ما لم يثبت البـائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه " يدل على أن ضـمان البـائع استحقاق المبيع من تحت يد المشترى لاينشأ إلا إذا كان المتعـرض

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٨٩ ومابعدها .

للمشترى وهو من الغير على حق فى تعرضه وبالتالى يستطيع البائع أن يدفع رجوع المشترى عليه بالتعويضات الواجبة له بموجب ضمان الاستحقاق بأن يثبت أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه وأن المشترى قد تسرع فى الإقرار أو التصالح معه ".

(طعن رقم ٢٩٠٥ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٨) (١)

---

(١) كما قضى بأن :

" إذ كان الواقع فى الدعوى أن المطعون ضده الأول أقامها على الطاعن طالباً إلزامه بأن يرد إليه المبلغ الذى سبق له دفعه للمطعون ضدها الثانية – شقيقة الطاعن وأحد شركائه فى الملكية – على إثر تصالحه معها لدفع تعرضها له بالدعوى رقم ٥٥٥ لسنة ١٩٩٣ مدنى أخميم الابتدائية التى أقامتها ضدهما وادعت فيها ملكيتها لمساحة ٦ س ١ط فى القدر المباع له من الطاعن بموجب عقد البيع المؤرخ ١٩٩١/١٠/٥. وكان البين من ذلك العقد أن الطاعن وآخرين باعوا إلى المطعون ضده الأول مساحة محددة ومفرزة قدرها ٢٢ س ٢ ط بحوض الجرف وقد ثبت من تقرير الخبير أن الطاعن يخصه منها ٨ ص ٢ط وكان الأخير قد تمسك أمام الخبير المنتدب فى الدعوى وفى دفاعه أمام محكمة الموضوع أن من حقه كمالك على الشيوع أن يبيع قدراً مفرزاً من نصيبه وأن ما باعه للمطعون ضده الأول يقل عن نصيبه الشرعى الذى آل إليه فى كامل تركة مورثه التى تبلغ ثلاثة أفدنه . وكان من شأن هذا الدفاع– لو فطنت إليه المحكمة– تغيير وجه الرأى فى الدعوى إذ أن مؤداه أنه لايجوز للمطعون ضدها الثانية أن تدعى الاستحقاق فى المبيع

وبالتالى فإنها ليست على حق فى تعرضها وأن الطاعن قد باع ما يملك بما ينفك عنه التزامه بضمان التعرض القانونى عملا بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٤١ من القانون المدنى خصوصاً وأنها لم تدع حصول قسمة لأعيان التركة وأنها قد اختصت بموجبها بالمساحة موضوع التعرض الحاصل منها للمطعون ضده الأول " .

(طعن رقم ٢٩٠٥ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٨)

مادة (٤٤٢)

إذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شئ آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات .

الشـرح

١٩٨- توقى المشترى استحقاق المبيع بأداء مبلغ من النقود أو أى شئ آخر :

رأينا أن المشترى لا يرجع على البائع بضمان الاستحقاق إلا إذا استحق المبيع بحكم القضاء أو بإقرار المشترى أو تصالحه .

إلا أن المشرع قرر تيسيرا كبيرا على البائع، فلو ظهر أن الأجنبى على حق فى دعواه ، وكان المشترى قد توقى استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق على أن يدفع له بدل المبيع مبلغا من النقود أو أى شئ آخر ، صلحا كان ذلك أو وفاء بمقابل، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها ، وسواء تدخل البائع فى هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل ، فإن للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد إلى المشترى ما يعوضه تماما عما دفعه للمستحق . المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفرائد القانونية من يوم الدفع وجميع المصروفات وهو ما يطلق

عليه حق الاسترداد . وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر ، وهو مثل من الأمثلة النادرة فى القانون على حق الاسترداد .

ويلاحظ أن هذا الحكم لايطبق إلا إذا كان المشترى قد توقى استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق. أما إذا لم يتوق هذا الاستحقاق، وقضى للمستحق فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة . أما لو قضى للمستحق بالمبيع أو بحقه عليه ، ثم دفع المشترى شيئا له وأمسك المبيع أو نزل له عن حقه عليه ، كان هذا منه شراء للمبيع أو للحق من المستحق ، وله أن يرجع على البائع بأحكام ضُمان الاستحقاق، لأن إمساكه المبيع كان بسبب آخر غير عقد البيع .

ولم يكن للبائع أن يتخلص من هذا الرجوع بدفع ما دفعه المشترى للمستحق [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما التيسير على البائع فيتحقق فى أنه لو ظهر أن الأجنبى على حق فى دعواه ، وكان المشترى قد توقى استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق على أن يدفع له بدل المبيع مبلغا من النقود أو أى شئ آخر ، صلحا كان ذلك أو وفاء بمقابل ، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها ، وسواء تدخل البائع

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٧٥- منصور مصطفى منصور ص ١٦٨ ومابعدها – محمد شكرى سلامه ص ٣٣٧- جلال العدوى ص ١٧٦ .

فى هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل ، فإن للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشترى ما يعوضه تماما عمـا دفعـه للمستحق، المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مـع الفوائـد القانونيـة وجميع المصروفات .

وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر ، وهو مثل من الأمثلة النادرة فى القانون على حق الاسترداد (أنظر مثلين آخرين فـى اسـترداد الحصة الشائعة وفى استرداد الحق المتنازع فيه) .

ويلاحظ أن هذا الحكم لايطبق إلا إذا كان المشترى قـد تـوقى استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق . أما إذا لم يتوق هذا الاستحقاق وقضى للمستحق فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وهى تتفق مع ما نص عليه كتاب مرشد الحيران (م٥٠٦) من أنه " لو أثبـت المستحق الاستحقاق ، وقضى له ، ثم دفع المشـترى إليـه شـيئا وأمسك المبيع ، يكون هذا منه شراء للمبيع من المستحق ، ولـه أن يرجع على بائعه بالثمن "[1].

والبائع لايدفع للمشترى ما خسره إلا إذا كان قـد اسـتفاد مـن مسلك المشترى. فإذا كان لم يفد كما لو أثبت أن المستحق لم يكـن على حق فى تعرضه فلا يلتزم بشئ إذ لا يمكن أن يقال عندئـذ أن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٩١ ومابعدها .

المشترى قد توقى استحقاق المبيع . أما إذا لم يثبت هـذا فعليـه أن يعوض المشترى عن كل ما أنفقه بشرط بدهى وهو ألا يزيـد مـا يدفعه عما كان يدفعه لو حصل الاستحقاق بالفعل [١].

ويتوافر ضمان الاستحقاق بوفاء المشترى لمباشـر إجـراءات نزع الملكية .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أنه لما كان الثابـت فـى الدعوى حسبما حصله الحكم المطعون فيه أن بنـك مصـر اُتخـذ إجراءات التنفيذ على قطعة الأرض مقـام عليهـا منـزل مملـوك للمطعون عليه الأول اشتراه من المطعون عليه الثانى والمرحوم ... وذلك وفاء لديه مستحق للبنك على مدينه ... المالك الأصلى لهـذه الأرض، وقام المطعون عليه الأول بدفع مبلغ ٩٠٠ جنيـه للبنـك بتاريخ ١٩٦١/٣/٨ توقيا لبيع منزله ثم رفع دعواه الحالية يطالـب مورث الطاعنين وهو البائع للبائعين له بهذا المبلغ ، مما مفـاده أن المطعون عليه الأول يرجع بما دفعه للبنك على مورث الطاعنين لا بوصفه مدينا شخصا للبنك ، وإنما بوصفه بائعا للبائعين للمطعـون عليه الأول وأن دفع الأخير دين البنك يعتبر بالنسـبة لهـذا البـائع

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٦٩- محمد شكرى سـرور ص٣٣٧ ومابعدها .

استحقاقا للمبيع فيجب عليه الضمان ويلتزم بأن يدفع للمطعون عليه الأول ما دفعه للبنك ، ولايغير من هذا النظر أن مورث الطـاعنين التزم فى الإقرار المؤرخ ١٩٤٧/١/١٦ بأن يدفع ديـن البنـك أو أثمان العقارات المبيعة لأن ذلك من جانبه ليس إلا إقرارا بالتزامـه بضمان الاستحقاق وتعديلا لأحكامه المنصوص عليها فى المـادتين ٤٤٣، ٤٤٤ من القانون المدنى إذ يجوز للمتعاقدين طبقـا للمـادة ٤٤٥ من هذا القانون أن يتفقا على تعديل هذه الأحكام ، وإذ انتهـى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجـة الصـحيحة وقـرر بعـد أن استعرض وقائع النزاع على النحو سالف الذكر أن مورث الطاعنين يلزم بضمان الاستحقاق وقضى بإلزامه بالمبلغ الذى دفعه المطعون عليه الأول للبنك ، وكان لمحكمة النقض أن تصحح ما وقـع مـن خطأ فى تقريرات الحكم القانونية دون أن تنقضه ، فلا يعيب الحكم المطعون فيه ما أضافه خطأ من أنه يحق للمطعون عليـه الأول أن يرجع على مورث الطاعنين بما دفعـه للبنـك عمـلا بالمـادتين ١/٣٢٣ ، ١/٣٢٤ من القانون المدنى ، وأن أسـاس ذلـك أحكـام الفضالة المنصوص عليها فى المادة ١٩٥ من هذا القـانون ، إذ لا قيام لأحكام الفضالة المنصوص عليها فى المـادة ١٩٥ مـن هـذا القانون ، إذ لا قيام لأحكام الفضالة حيث تقوم بين طرفى الخصومة رابطة عقدية بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما

والتزاماته قبل الآخر ، وكان لا محل للتحدى بأن المطعون عليه الأول فقد حقه فى الرجوع بالضمان على مورث الطاعنين طبقا لنص المادة ٣/٤٤٠ من القانون المدنى التى تنص على أنه إذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق، ذلك أن هذا الدفاع مردود بما حصله الحكم المطعون فيه من أن المطعون عليه الأول اتخذ من جانبه كل ما يطلب منه ، إذ أنه أخطر مورث الطاعنين بإجراءات نزع الملكية بعد فشله فى الاعتراض على قائمة شروط البيع ونبه عليه بتطهير عقاره من اختصاص البنك وأنذره بأنه سيقوم بسداد مبلغ ٩٠٠ جنيه الذى اتفق عليه مع البنك مقابل استبعاد عقاره من إجراءات التنفيذ قبل جلسة ١٩٦١/٣/٨ المحدد لبيعه ، ومع ذلك فإن مورث الطاعنين لم يستجب لهذه الإنذارات فلم يتدخل فى دعوى البيوع ، ولم يتخذ الإجراءات لتطهير العقار من حق الاختصاص الذى يثقله ، ولم يمنع المطعون عليه الأول من سداد أى مبلغ للبنك ، وخلص الحكم من ذلك إلى أن المطعون عليه الأول لم يكن مخطئا حين قام بسداد المبلغ المتفق عليه مع البنك توقيا لبيع منزله جبرا ، وهى تقريرات موضوعية سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم ، وكان

النعى على الحكم بالتفاته عن دفـــاع الطـــاعنين مـــن أن مـــورثهم والمشترين منه تملكوا العقارات المنفذ عليها بالتقادم الطويل قبل قيد حق الاختصاص أو أن الدين سدد فى ١٩٣١/٦/٢٦ لشركة سلفاجو الدائنة الأصلية قبل حلول بنك مصر محلها هو نعى مـــردود بـــأن الحكم قد أخذ مورث الطاعنين بإقراره المؤرخ ١٩٤٧/١/١٦ الذى أقر فيه بأن للبنك اختصاصا على العقارات المبيعة كما أنـــه التـــزم بالوفاء بدينه المستحق على مدينه .... أو ثمن هذه العقارات وهـــو ما يتضمن الرد على دفاع الطاعنين سالف البيان ، وإذ كـــان ذلـــك فإن النعى على الحكم بهذين السببين يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٦)

مادة (٤٤٣)

إذا استحق كل المبيع ، كان للمشترى أن يطلب من البائع :

١- قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

٢- قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع .

٣- المصروفات النافعة التى لايستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سئ النية .

٤- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠.

٥- وبوجه عام ، تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله .

الشرح

١٩٩ـ تنفيذ الالتزام بالضمان بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق) :

إذا استحق المبيع فإن تنفيذ التزام البائع بضمان انتفاع المشترى به تنفيذا عينيا يصبح مستحيلا ، والقاعدة أنه إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء

بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه (م٢١٥ دنى) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" آثر المشروع ، فى بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق، أن يلتزم الحل الذى تمليه القواعد العامة . فضمان الاستحقاق التزام فى ذمة البائع قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشترى به قامت مطالبته على أساس هذا العقد . ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لايتصور قيامه إلا مع قيام عقد البيع ، والمشترى فى رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع ، ولما كان المبيع قد استحق واستحال بذلك التنفيذ العينى للالتزام ، فلم يبق أمام المشترى إلا أن يطالب بتنفيذ الالتزام من طريق التعويض ، والتعويض فى هذه الحالة هو ما ذكرته المادة ٥٨٩ من المشروع ، وهى تقتصر على تطبيق القواعد العامة فى تقرير مدى التعويض، وتعطى للمشترى الحق فى أن يطلب من البائع .... الخ " [١].

والاستحقاق هو نزع المبيع كله أو جزء منه من تحت يد المشترى لثبوت حق الغير عليه بما يضمنه البائع، أى لكون البائع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٩٥ .

غير مالك للمبيع كله أو جزء منه ، أو لتصرفه فيه بعد البيع لشخص آخر استطاع أن يكتسب ملكيته لسبق تسجيله أو بسبب حيازته المنقول المبيع بحسن النية .

ويتحقق ذلك فى الحالات الآتية :

١- رفع دعوى الاستحقاق على المشترى :

وذلك سواء أخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق ، فتدخل البائع فى الدعوى ولم يفلح فى دعوى المتعرض أو إذا أخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق فلم يتدخل البائع فى الدعوى وحكم للمتعرض، ولم يستطيع البائع إثبات تدليس المشترى أو خطأه الجسيم ، أو إذا أخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع فى الدعوى وأقر المشترى بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطع البائع إثبات أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه . أو إذا لم يخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق، وحكم للمتعرض ، ولم يثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفضها . أو إذا سلم المشترى للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه .

٢- إذا وقع الاستحقاق بسبب تنفيذ الدائن المرتهن على العقار المبيع تحت يد المشترى (م١٠٨٠/١ مدنى).

٣- إذا وقع الاستحقاق بطريق غير مباشر نتيجة لدعوى مرفوعة على البائع ، كدعوى بطلان أو فسخ أو نحوهما رفعت على البائع وكان من أثر الحكم فيها سقوط ملكية المشترى لإبطال أو فسخ سند ملكية البائع .

٤- إذا لم يكن المشترى قد وضع يده على المبيع بسبب أنه فى حيازة أجنبى ، ثم حاول وضع يده على المبيع بعد أن حان أجل تسليمه فتعرض له الأجنبى وأفلح فى منعه بأن أثبت أن المبيع ملكه [١].

غير أن محكمة النقض ذهبت إلى أن رجوع المشترى فى هذه الحالة لا يكون على أساس الضمان وإنما على أساس بطلان البيع لصدوره من غير مالك .

إذ قضت بتاريخ ١٩٤٠/٣/١٤ فى الطعن رقم ٤٥ لسنة ٩ ق بأن :

" إذا كانت الواقعة التى لانزاع فيها بين طرفى الخصوم هى أن المدعى عليه تبادل فى أطيان مع المدعية (مصلحة الأملاك)

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٣٤٧- عبد المنعم البدراوى ص ٤٧٧- محمد لبيب شنب ص ١٨٠- سليمان مرقس ص ٣٨١.

فأعطاها فيما أعطى أرضا تبين لها وقت التسليم أنه كان قد تصرف فيها بالبيع منذ ثلاث سنوات سابقة على البدل، فهذه الواقعة هى بيع من غير مالك . وإذن فدعوى المطالبة بقيمة الأطيان الناقصة يجب أن يكون أساسها التضمين عن بيع ملك الغير . ولكن إذا كان المفهوم من الحكم أنه قد اعتبر الدعوى من أحوال الاستحقاق فطبق فيها المادة ٣١٢ مدنى وقضى بإلزام المدعى عليه بقيمة ما نقص من مقابل البدل فإن هذا الحكم يكون خاطئا فى السبب القانوني الذى بنى عليه. إلا أنه هذا الخطأ لا يقبل الطعن فيه مادامت النتيجة التى انتهى إليها الحكم صحيحة ، إذ أن المادة الواجبة التطبيق (وهى المادة ٢٦٥) تنص على إلزام البائع بالتضمينات ، وهذه لايمكن أن تكون أقل من الثمن المدفوع وقت التعاقد " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٣/١٤)

ومعنى هذا أن محكمة النقض فرقت فى حالة انتزاع الشئ من يد المشترى ، وفيها يكون سبيل رجوعه ضمان الاستحقاق ، وبين حالة عدم تمكنه من حيازة المبيع لثبوت حق للأجنبى عليه ، ويكون رجوعه فى هذه الحالة الأخيرة بدعوى بطلان بيع ملك الغير .

ويذهب الفقه إلى أن التفرقة التى أجرتها محكمة النقض لامسوغ لها ، إذ أن ضمان الاستحقاق لايستبعد الرجوع على أساس بطلان بيع ملك الغير ، بل إن المشرع نفسه أشار إلى هذا صراحة فى

المادة ٤٤٣ التى بينت ما يرجع به المشترى بسبب الاستحقاق الكلى[1].

٥- أن يكون المشترى قد احتفظ بالمبيع لسبب آخر غير عقد البيع ، كما لو اشتراه من مالكه الحقيقى أو ورثه عنه[2] .

٦- إذا قام المشترى بقضاء الدين المضمون برهن على العقار المبيع . فقضاء الدين يعتبر من قبيل الاستحقاق الكى أو الجزئى (م١٠٦١) وإن كان من الجائز فى هذه الحالة أن يتوقى البائع الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات طبقا لنص المادة ٤٤٢ مدنى [3].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص٤٧٧- ويعلق الدكتور محمد لبيب شنب على ذلك (ص١٨٠ هامش ١) بأنه يبدو أنها قد فهمت الاستحقاق بمعنى نزع وضع اليد أى بمعنى مادى ، وذلك يتطلب بداهة أن يكون المشترى قد تسلم المبيع قبل أن ينزع منه ، ويستطرد أن الواقع أن الاستحقاق ليس هو نزع وضع اليد ، فهذا المعنى ليس إلا نتيجة للاستحقاق الذى هو فقد المشترى لحقوقه المترتبة على البيع كما يعلق الدكتور سليمان مرقس على هذا الحكم (ص٣٨٢) قائلا " وظاهر أن المحكمة خلطت فى هذا بين دعوى ضمان الاستحقاق الكلى ودعوى الفسخ مع التعويض ، ويرجع ذلك إلى أن نص القانون كان يقضى فى حالة الاستحقاق الكلى بوجوب رد الثمن مع التضمينات ، فالتبس ذلك مع حكم الفسخ فى حين أن المقصود به التنفيذ بمقابل " .

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٧٠ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٤٧٧ ومابعدها .

٢٠٠- التعويض فى حالة الاستحقاق الكلى يفترض رجوع المشترى على أساس ضمان الاستحقاق :

بعد أن عددت المادة (٤٤٣) عناصر التعويض فى حالة الاستحقاق الكلى أردفت : " كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله "- ومفاد هذا أن حق المشترى فى المطالبة بالتعويض على أساس العناصر الواردة بالمادة ، مفروض فيه أن المشترى يطالب بالتعويض على أساس ضمان الاستحقاق، وهذا يفترض أن عقد البيع قائم لم يفسخ ولم يحكم بإبطاله .

ذلك أن المشترى له الخيار فى الرجوع على البائع إما على أساس ضمان الاستحقاق ، أو بإحدى الدعويين التاليتين :

١- دعوى إبطال بيع ملك الغير :

للمشترى إللجوء إلى هذه الدعوى ، إذا ثبت أن المبيع كان مملوكا للمستحق وقت البيع ، وفى هذه الدعوى يستطيع المشترى فضلا عن طلب إبطال البيع ، ورد الثمن الذى دفعه ، أن يطلب من البائع تعويضه عن الضرر الذى أصابه نتيجة هذا الإبطال بشرط أن يكون حسن النية أى يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع (م٤٦٦-٤٦٨) ، ويكون التعويض فى هذا الغرض على أساس المسئولية التقصيرية لأن العقد بإبطاله يعتبر كأن لم يكن، ويقدر هذا التعويض طبقا للقواعد العامة بقيمة ما لحق المشترى من خسارة وما فاته من كسب .

٢- دعوى فسخ البيع لإخلال البائع بالتزامه بنقل الملكية وبضمان انتفاع المشترى بالمبيع كاملا ، وفى هذه الدعوى يطالب المشترى بإعادته إلى الحال التى كان عليها قبل التعاقد ، أى بأن يرد إليه الثمن ، وله كذلك أن يطالب بتعويض ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب هذا الفسخ (م١٥٧/١ مدنى) ، وأساس هذا التعويض وفقا للرأى الراجح هو المسئولية التقصيرية ، لأنه بالفسخ يزول العقد بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ، فلا يعد صالحا ليقوم عليه الالتزام بالتعويض [١].

فإذا رجع المشترى على البائع بضمان الاستحقاق ، فإن التعويض يجب أن يقدر تبعا لما نصت عليه المادتان ٤٤٣، ٤٤٤ ومداه يختلف بحسب ما إذا كان الاستحقاق كليا أم جزئيا .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويلاحظ هنا أمران : (أ) كل ما تقدم ذكره من تفصيل ما يرجع به المشترى على البائع إنما هو تنفيذ بطريق التعويض ، لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع بعد أن استحال تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا كما تقدم . وهذا لايمنع المشترى من سلوك طريق آخر،

---

(١) السنهورى ص ٦٧٥ ومابعدها - محمد لبيب شنب ص ١٨٢ ومابعدها- محمد شكرى سرور ص ٣٤١ - سمير تناغو ص ٢٨٧ ومابعدها .

فلا يطالب بتنفيذ الالتزام ، بل يطالب بفسخ البيع ، على أساس أنــه عقد ملزم للجانبين وقد أخل البائع بالتزامــه ، أو يطالــب بإبطــال البيع، على أساس أنه بيع ملك الغير بعد أن ظهر أن المبيع مملوك لغير البائع . ويجب فى حالة المطالبة بالفسخ أو البطلان، أن يترتب عليهما من الآثار ما تقرره القواعد العامة . بل يجوز الذهاب إلــى أبعد من ذلك ، واعتبار البيع ، عند استحقاق المبيع ، مفسوخا مــن تلقاء نفسه ، تطبيقا للمادة ٢٢٠ من المشروع ... الخ " [١].

وقد قضت محكمة النقض بــأن :

١- " البين من المادة ٤٤٠ من القانون المــدنى أن الإخطــار المنصوص عليه فيها لايكون إلا حين ترفع على المشترى دعــوى من الغير باستحقاق المبيع ولامحل للتمســك بعــدم حصــول هــذا الإخطار إلا حيث يرجع المشترى على البائع بضــمان الاســتحقاق على أساس قيام عقد البيع . أما إذا اختار المشترى سبيل المطالبــة بفسخ العقد فإنه لا مجال لتطبيق المواد من ٤٤٠ إلــى ٤٤٣ مــن القانون المدنى الخاصة بضمان الاستحقاق . وقد أفصــح المشــرع عن استقلال دعوى الضمان عن دعوى الفسخ والإبطال فى المــادة ٤٤٣ من القانون المدنى التى بينت عناصر التعويض الــذى يحــق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٩٧ .

للمشترى أن يطلبه من البائع فى حالة الرجوع عليه بدعوى الضمان عند استحقاق المبيع كله وذلك بنصه فى الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أن كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله " .

(طعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

٢- " النص فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أنه فى "العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتض " يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لايلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ . وإذ كان ما بنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسسا على توافر الخطأ فى جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى الأركان اللازمة لقيام المسئولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدى مادام أن ذلك لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٩)

٣- " النص فى المادة ٤٤٣ من القانون المدنى علـى أن " إذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البـائع : (١) قيمـة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقـت (٢).... (٣).... (٤).... (٥) وبوجه عام تعويض المشترى عما لحقه مـن خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع كل هذا ما لم يكـن رجوع المشترى مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطالـه " يـدل على أن للمشترى فى حالة استحقاق المبيع من تحت يده وعلى مـا أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى ثلاث دعاوى هى دعوى الإبطال والفسخ وضمان الاستحقاق والأخيرة دعوى تنفيـذ بمقابل إذ تفترض بقاء العقد . وللمشترى أن يختار من بينهـا مـا يشاء فإذا اختار دعوى ضمان الاستحقاق وهى دعوى التنفيذ بمقابل فإن ذلك يفترض بقاء العقد الذى يستمد منه حقه فى رفع الـدعوى ويكون الحكم المطعون فيه إذ أيد حكم محكمة أول درجة فى قضائه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل صدور حكم بفسخ العقد قد أصاب صحيح القانون " .

(طعن رقم ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢٨)

٢٠١ـ تأثير حسن نية البائع أو المشترى فى ضمان الاستحقاق:

التعويض المقرر فى المادة ٤٤٣ يسـتحق بجميـع عناصـره للمشترى إذا كان حسن النية أى إذا لم يكن يعلم وقت البيع بسـبب

الاستحقاق . أما إذا كان يعلم بسبب الاستحقاق امتنع عليه الرجــوع بالتعويض واستحق فقط قيمة المبيع .

وهذا الحكم وإن لم يكن منصوصًا عليه فى المادة ٤٤٣ إلا أنـــه حكم مستمد من نص المادة ٤٦٨ مدنى فى الخاصة ببيع ملك الغير وتقضى بأن : " إذا حكم للمشترى بإبطال البيع وكـــان يجهــل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البـــائع حسن النية " . فهذا النص لايعطى المشترى فى حالة رجوعه على البائع على أساس أحكام بيع ملك الغير الحق فى التعـــويض إلا إذا كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع .

ولما كانت الواقعة التى أدت إلى إبطال البيع أو إلـــى الضـــمان هى فى النهاية واحدة وهى صدور البيع من غير مالك ، ولما كانت دعوى إبطال بيع ملك الغير ليست فى الواقع سوى دعوى ضـــمان أجيز رفعها قبل الأوان (أى قبل حصول التعرض الفعلى) فإنه يجب ألا يتغير مدى حق المشترى تبعا للدعوى التى يختار رفعها . ولهذا وجب القول بأن المشترى لايحق له الرجوع على البائع إلا بقيمـــة المبيع متى كان يعلم وقت العقد بسبب الاســـتحقاق، ولايكـــون لـــه الرجوع بسائر بنود التعويض إلا إذا كان حسن النية [١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٧٨ ومابعدها – أنـــور سـلطان ص ٣٠٣ ومابعدها– سليمان مـــرقس ص ٣٧٨ ومابعـــدها – وعكـــس ذلـــك :

السنهورى ص ٦٨٤- اسماعيل غانم ص ١٨٥ - سمير تناغو ص ٢٩٣ - منصور مصطفى منصور ص ١٧٧- ويقول الدكتور منصور مصطفى منصور فى بيان رأيه : " ونرى مع البعض الآخر أنه لايشترط حسن نية المشترى للرجوع بسائر عناصر التعويض المذكورة فى المادة ٤٤٣ وذلك لما يلى :

فأولا لم يتطلب المشرع حسن النية فى المادة ٤٤٣ ، ولاتدل الأعمال التحضيرية على أن المشرع يتطلبه ، بل على العكس تدل صياغة النص وما ورد تعليقا عليه فى المذكرة الإيضاحية أنه لايلزم حسن النية ، فالمشرع يعطى المشترى الحق فى " قيمة المبيع" لا فى استرداد الثمن كما قلنا ، وينبه فى آخر النص إلى أن رجوع المشترى بسائر البنود المذكورة لايكون على أساس الفسخ أو الإبطال . ومعنى هذا أن المشترى عندما يطالب بهذه التعويضات فهو يطالب بها على أساس العقد الذى لايزال قائما وفى هذا تقول المذكرة " آثر المشروع، فى بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق ، أن يلتزم الحل الذى تمليه القواعد العامة. فضمان الاستحقاق التزام فى ذمة البائع قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشترى به قامت مطالبته على أساس هذا العقد .

ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لايتصور قيامه إلا مع قيام عقد البيع والمشترى فى رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع ، ولما كان المبيع قد استحق واستحال بذلك التنفيذ العينى للالتزام ، فلم يبق أمام المشترى إلا أن يطالب بتنفيذ الالتزام من طريق التعويض ، والتعويض فى هذه الحالة هو ما ذكرته المادة ٥٨٩ (النص المقابل فى المشروع لنص المادة ٤٤٣) وهى تقتصر على تطبيق القواعد العامة فى تقدير مدى التعويض ". إذا تبين هذا فكيف يمكن تطبيق الحكم الوارد بخصوص إبطال بيع ملك الغير؟

أول ما يلاحظ أن الاستحقاق الكلى لايعنى دائما أننا بصدد بيع ملك الغير فقد يكون البائع مالكا وقت التعاقد ثم يبيع مرة أخرى ويسبق المشترى الثانى بالتسجيل ويستحق المبيع ، وكذلك قد يوقع الحجز على المبيع سواء قبل التسجيل أو بعده فى يد المشترى ويباع ويستنفذ الثمن فى تسديد الديون فلا يمكن هنا أن يقال إننا بصدد بيع ملك الغير. وحتى لو كنا بصدد ملك الغير كما لو اتضح أن المستحق كان مالكا وقت العقد فلا يمكن إعمال نص المادة ٤٦٨ عند الرجوع بضمان الاستحقاق. فالمشترى عندما يرجع على البائع بعد إبطال البيع فهو يرجع عليه "بالثمن" لأن أثر الإبطال بعد أن زال العقد هو رد المتعاقدين إلى حالتهما قبل التعاقد ، ويكون أساس استرداد الثمن هو دفع غير المستحق، وإذا كان للمشترى أن يرجع بالتعويض عندما يكون حسن النية فذلك على أساس المسئولية التقصيرية أما عند الرجوع بضمان الاستحقاق فذلك يكون على أساس العقد الموجود كما بينا من قبل وتكون المسئولية عقديه.

فإذا سلمنا أن المشترى يرجع على البائع عند الاستحقاق على أساس التنفيذ بمقابل ، وهو ما يسلم به أنصار الرأى المخالف ، فيجب وفقا للقواعد العامه ولنص المادة ٤٤٣ أن يرجع بكل ما خسره وما فاته من كسب .

وإذا قيل إنه لا يرجع عندما يكون سئ النية إلا بقيمة المبيع فعلى أى أساس يكون ذلك ؟ يبدو أن أنصار الرأى المخالف قد أخذوا بالرأى المعمول به فى فرنسا والذى كان مقررا فى ظل القانون القديم دون ملاحظة الفرق بين نص القانون الجديد ونص القانون الفرنسى وقانوننا القديم فالمشرع الفرنسى يلزم البائع برد " الثمن" (م ١٦٣٠) وكذلك القانون القديم كما رأينا من قبل . وذهب الشراح فى فرنسا إلى القول بأن

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١- " الضمان المقرر قانونا على البائع عند استحقاق المبيع يلزمه برد الثمن مع التضمينات وفقا للمادة ٣٠٤ مدنى- قديم- ما لم يكن المشترى عالما وقت البيع بالسبب الذى أدى إلى الاستحقاق إذ لايجوز له فى هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويضات عملا بالمادة ٢٦٥ مدنى- قديم- وهذا وذاك دون حاجة إلى اشتراط خاص فى العقد . وهذا الالتزام القانونى يقبل التعديل باتفاق العاقدين

أساس استرداد الثمن هو دفع غير المستحق ، وكذلك فعل شراح القانون المدنى القديم، ولايزال لهذا الرأى أثره لدى بعض شراح القانون الجديد. ولكن المشرع فى القانون الجديد لم ينص على استرداد " الثمن" بل "قيمة المبيع" حتى يتمشى الحكم مع قواعد التنفيذ بمقابل ، وبهذا لايمكن القول بأننا بصدد إثراء بدون سبب لأن العقد لايزال قائما وهو سبب إثراء البائع بالثمن .

ولهذا فقصر حق المشترى سئ النية على استرداد قيمة المبيع لايمكن أن يستقيم مع أى أساس من أسس الرجوع ، فلا هو يستقيم مع فكرة التنفيذ بمقابل التى تستلزم التعويض الكامل ، ولا مع فكرة الإثراء التى تقتضى رد أقل القيمتين لأن البائع يلتزم بقيمة المبيع ولو كانت أكثر من الثمن الذى حصل عليه زيادة على عدم توفر شروط الإثراء بلا سبب لقيام العقد كما قلنا .

وفى النهاية نلاحظ أنه كما لايؤثر علم المشترى أو عدم علمه بقيام سبب الاستحقاق فى مقدار التعويض الذى يرجع به ، فكذلك لايؤثر علم البائع أو عدم علمه باستثناء حالة رد المصروفات الكمالية كما قلنا من قبل" .

سواء على توسيع نطاقه أو تضييق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما " .

(طعن رقم ١٩١ لسنة ١٨ ق بجلسة ١٩٥١/٢/١)

٢- " متى كان قد ثبت لمحكمة الموضوع أن المشترى كان يعلم وقت شرائه بالعيب اللاحق بسند البائع له وأنه أقدم على الشراء مجازفا وتحت مسئوليته فإنه لايكون له الحق فى طلب التضمينات ومنها مصاريف العقد ".

(طعنان رقما ٣٤٥ لسنة ٢٠، ١٧ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/١/٢١)

٣- " إذا كان الأصل أنه لايجوز للمشترى عند حصول تعرض له فى الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتعويضات إذا كان المشترى يعلم وقت البيع بسبب التعرض أو الاستحقاق ، إلا أن التزام البائع القانونى بالضمان يقبل التعديل باتفاق الطرفين سواء على توسيع نطاقه أو تضييق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما .

وأنه وإن كان اشتراط الضمان فى عقد البيع بألفاظ عامة لايعتبر تعديلا فى الأحكام التى وضعها القانون لهذا الالتزام ، إلا أنه إذا كان المشترى والبائع كلاهما عالمين وقت التعاقد بسبب التعرض أو الاستحقاق فإنه فى هذه الحالة يدل النص على شرط

الضمان فى العقد – وهو أصلا لا حاجة إليه – على أن الغـرض منه هو تأمين المشترى من الخطر الذى يهدده تأمينـا لا يكـون إلا بالتزام البائع بالتضمينات علاوة على رد الثمن فى حالة اسـتحقاق المبيع ".

(طعن رقم ١٣ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٧)

٤- " تقدير علم المشترى بسبب الاستحقاق وتقصى ثبوته ونفيه من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضـى الموضـوع ولا رقابـة لمحكمة النقض عليه فى ذلك مادامت الأسباب التـى يقـيم عُليهـا قضاءه سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ".

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٣/١٠)

٥- " المادة ٤٤٣ من القانون المدنى التى يستمد المشترى منها حقه فى التعويض عن ضمان الاستحقاق لم تشترط وقوع خطأ مـن البائع . وكل ما يشترط لاستحقاق هذا التعويض أن يكون المشترى حسن النية وقت البيع غير عالم بسبب الاستحقاق ".

(طعن رقم ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

أما من ناحية البائع فالرجوع عليه لايتوقف على حسن نيته أو سوئها [١]، فهو ملزم بأن يعوض المشترى عن الاسـتحقاق سـواء

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٧٩- ومابعدها- عبد الناصر العطـار ص ٢٢٤ هامش (١٢).

كان على علم بسبب الاستحقاق أو لم يكن . فالمادة ٤٤٣ لم تشترط لرجوع المشترى على البائع أن يكون هذا الأخير حسن النية ، والمادة ٤٦٨ الخاصة ببيع ملك الغير صريحة فى إلزام البائع بالتعويض ولو كان حسن النية .

ومع ذلك فإن نية البائع أو حسنها قد يكون له أثر من حيث مدى التعويض الذى يحكم به . فالبند الثالث من المادة ٤٤٣ صريح فى أن المشترى لايرجع على البائع بالمصروفات الكمالية التى أنفقها على المبيع الذى استحقه الغير إلا إذا كان البائع سئ النية .

ومن ناحية أخرى فإن تطبيق القواعد العامة فى المسئولية العقدية من شأنه التمييز بين المتعاقد الذى لم ينفذ التزامه بحسن نية والمتعاقد الذى ارتكب غشا أو خطأ جسيما . فالأول لايلتزم إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، فى حين أن الثانى يسأل حتى عن الضرر غير المتوقع (م٢٢١/٢). وكذلك فى حالة تقدير التعويض مقدما بالاتفاق (الشرط الجزائى) فإن الدائن لايستطيع أن يطالب بأكثر من القيمة المتفق عليها حتى لو جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاق إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (م٢٢٥) . وسنرى أيضا أن كل شرط ينقص الضمان أو يسقطه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى ، وكذلك يبطل شرط عدم الضمان إذا كان سبب الاستحقاق قد نشأ من فعل البائع (م٤٤٥/٣، ٤٤٦/١) [1].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٧٩ ومابعدها- عبد الناصر العطار ص ٢٣٦.

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" يقضى قانون الجمارك رقـم ١٦ لسـنة ١٩٦٣ والقـرارات المنفذة له بمصادرة السيارة فى حالة بيعها بدون إذن استيراد فضلا عن تحملها بدين الضريبة المستحقة وهو دين ممتاز عملا بالمـادة ١١٣٩ من القانون المدنى ، وإذ كان الثابت من الأوراق أنه ترتب على المخالفة المشار إليها ضبط السيارة بناء على طلب مصـلحة الجمارك مما نجم عنه حرمان المشترى (المطعـون عليـه) مـن الانتفاع بها فإن هذا الضبط يعتبر تعرضا مبنيا على سبب قـانونى يضمنه البائع (الطاعن)- ذلك أنه يكفى لنشوئه أن يحرم المشـترى فعلا من المبيع لأى سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه ولـيس فى مقدوره دفعه ولايتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بنـزع ملكية المبيع المشترى بل يقصد به أى تعرض له من شأنه أن يؤدى إلى نزع الشئ المبيع ، حتى ولو كان البائع حسن النية لايعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع ".

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

(راجـع أيضـا طعـن رقـم ٢٩٨٩ لسـنة ٥٩ ق جلسـة ١٩٩٨/٤/٢٨ المنشور سلفا فى هذا البند) .

٢٠٢ـ عناصر التعويض فى الضمان الكلى للاستحقاق :

أوردت المادة ٤٤٣ عناصر التعويض الذى يقضى به للمشترى فى حالة الاستحقاق الكلى للشئ المبيع .

وهذه العناصر هى :

(أ) قيمة المبيع وقت الاستحقاق :

أول ما يجب على البائع دفعه إلى المشترى هو قيمة المبيع مقدرة وقت الاستحقاق .

وقد حرص القانون على النص على أن يكون الرجوع فى تقدير القيمة إلى وقت الاستحقاق لا إلى يوم البيع ، فألزم البائع بدفع هذه القيمة لابرد الثمن الذى قبضه ، تمشيا مع فكرة التعويض ، لأننا هنا لسنا بصدد فسخ للعقد أو إبطاله حتى يقال بإلزام البائع برد الثمن، بل بصدد تنفيذ للالتزام عن طريق التعويض . والتعويض يكون بقدر الخسارة الفعلية ، وخسارة المشترى الفعلية وقت حصول الضرر (أى الاستحقاق) تتمثل فى قيمة المبيع فى هذا الوقت . ولهذا كان نص المادة (٤٤٣) من التقنين الجديد أفضل من نص القانون الفرنسى (م١٦٣١) ونص التقنين المدنى القديم (م٣٠٦) اللذين يلزمان البائع برد الثمن ، ويخلطان بذلك بين أحكام الضمان وبين قواعد الفسخ [١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٨٠ ومابعدها- منصور مصطفى منصور ص ١٧٢ - سمير تناغو ص ٢٨٩ .

ويذهب الفقه إلى أنه لايجـوز للمشـترى المطالبـة بضـمان الاستحقاق إلا من وقت صدور الحكم النهائى بالاستحقاق ، غير أن قيمة المبيع يجب أن ينظر فيها إلى قيمة المبيع وقت رفـع دعـوى الغير الذى حكم له فيها بالاستحقاق ، لأن حكم الاسـتحقاق يسـتند أثره إلى وقت رفع الدعوى [١].

وقد أخذت محكمة النقض فى أحـد أحكامها بهذا الرأى إذ قضت بصدد الاستحقاق الجزئى للمبيع بأنه :

" إذا اختار المشترى استبقاء المبيع لم يكن لـه إلا أن يطالـب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئى ، ويدخل فى حساب التعويض قيمة ما استحق من المبيع ويرجع فـى تقـدير قيمته إلى وقت الاستحقاق والـذى يتحـدد بوقـت رفـع دعـوى الاستحقاق ... الخ ".

(طعن رقم ٣٠١٤ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢١) [٢]

---

(٢) السنهورى ص ٦٧٧- سليمان مرقس ص ٣٨٣ هامش (١)- سمير تناغو ص ٢٨٩.

(١) إلا أنها عدلت عـن هـذا القضـاء فـى حكمهـا الصـادر بتـاريخ ١٩٩٨/٤/٢٨ فى الطعن رقم ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ق الذى ذهبت فيه إلـى أن تقدير قيمة المبيع تكون فى وقت صيرورة حكم الاستحقاق نهائيـا ، إذ جرى قضاؤها على أن : " تقدير قيمة المبيع فى حالة اسـتحقاقه إنمـا

وبالترتيب على ما تقدم إذا كان المبيع قد زادت قيمته من وقت البيع إلى وقت الاستحقاق وجب على البائع أن يدفع للمشترى هذه القيمة الزائدة لا الثمن الذى اشترى به فحسب . أما إذا نقصت القيمة، أفاد البائع من ذلك ولم يدفع للمشترى إلا تلك القيمة الناقصة . غير أنه يلاحظ فى هذه الحالة أن المشترى ليس مقيدا بقواعد التنفيذ بمقابل التى طبقتها المادة ٤٤٣ المذكورة وإنما له أن يعدل عنها إلى طلب الفسخ ، فيجوز له حينئذ أن يطالب بالثمن الذى دفعه وألا يكتفى بقيمة الشئ وقت استحقاقه [١].

ويستوى أن يكون هبوط قيمة المبيع وقت الاستحقاق بفعل المشترى كما لو كان المبيع بناء هدمه وباع أنقاضه ، أو بدون فعل المشترى كما لو انخفضت قيمة المبيع تبعا لانخفاض الأسعار أو بسبب استعماله أو قدمه. ففى الحالتين يكون المشترى قد استفاد من المبيع قبل هبوط قيمته .

يكون وفق صريح نص المادة ١/٤٤٣ من القانون المدنى وقت الاستحقاق وهو وقت صيرورة حكم الاستحقاق نهائيا لأنه الوقت الذى يتأكد فيه نجاح المتعرض فى دعواه .

(٢) سليمان مرقس ص ٣٨٣ – منصور مصطفى منصور ص ١٧٢ ومابعدها – محمد لبيب شنب ص ١٨٤ .

ويلاحظ أنه إذا نقصت قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن الـثمن، جاز للمشترى بدلا من الرجوع بضمان الاستحقاق ، أن يطلب فسخ المبيع أو إبطاله فيسترد الثمن .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" تقضى المادة ٤٤٣ من القانون المدنى بأنه إذا اسـتحق كـل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق وهى قيمة لا تأثير لمقدار الثمن عليها فقد تقل عنه وقد تزيد " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

وتقدير قيمة المبيع وقت الاستحقاق بقيمة السوق وليست بقيمتـه عند المشترى [1].

وهذا التقدير مما يستقل به قاضى الموضوع .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" تقدير قيمة المبيع وقت الاستحقاق هو مما يستقل بـه قاضـى الموضوع إلا أنه إذا قدم له دليل مقبول وهو هبوط قيمة المبيع عادة باستعماله فترة من الزمن – فإن عليه إذا رأى اطراح هذا الـدليل وتقدير القيمة على خلافه أن يبين سبب عدم أخذه به " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

---

(١) الدكتور محمد عبد الظاهر حسين الدعاوى المتعلقة بعقد البيـع طبعـة ١٩٩٤ ص ٥٠ .

ويترتب على أن المشترى يسترد قيمة المبيع لا الثمن أنـــه لـــو كان الثمن إيرادا مرتبا مدى الحياة ، فإن المشترى يبقى ملزما بدفع الإيراد للبائع بعد أن يسترد منه قيمة المبيع ، ولا يكون للبائع حــق امتياز على قيمة المبيع لأن حلول هذه القيمة محل المبيــع حلــولا عينيا لم يرد فيه نص .

أما فى القانون الفرنسى ، حيث يسترد المشترى الثمن لا قيمــة المبيع ، فإنه يسترد ما دفعه من أقساط الإيراد ، فينقطع الإيراد[1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عما يجوز للمشترى مطالبة البائع به : " قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونيــة مــن ذلك الوقت . وذلك لأن المبيع ذاته قــد اســتحق ، فــلا يســتطيع المشترى استبقاءه لا هو ولا ثمرته فيستعيض عنهما بالقيمة والفوائد القانونية "[2].

أما إذا أقام المشترى دعواه بإبطال البيع على أساس أنه بيع ملك الغير أو بفسخه استنادا إلى إخلال البائع بالتزامه ، فإنه يقضى لــه برد الثمن وتعويضه عما فاته من كسب وما لحق به من خسارة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

" لقاضى الموضوع متى انفسخ البيع بسبب اســتحقاق المبيــع ووجب على البائع رد الثمن مــع التضــمينات ، أن يقــدر هــذه

---

(١) السنهورى ص ٦٧٨ الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٩٦ .

التضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع ، علاوة على الثمن، أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التى يعوض بها على المشترى ماخسره ، وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية والاستحقاق ، وليس على القاضى إذا أجرى الفوائد التعويضية على البائع أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها فى المادة ١٢٤ من القانون المدنى القديم الذى يحكم واقعة النزاع " .

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩)

وقد رأينا سلفا أن للمشترى إما الرجوع على البائع على أساس قواعد الاستحقاق أو بطلب إبطال العقد أو بفسخه .

(راجع قضاء محكمة النقض المنشور سلفا) .

(ب) الفوائد القانونية عن قيمة المبيع :

فضلا عن استحقاق المشترى قيمة المبيع فإنه يثبت له الحق فى تقاضى الفوائد القانونية على هذه القيمة ، وتحتسب هذه الفوائد من وقت الاستحقاق ، وذلك خلافا للقواعد العامة التى لاتوجب سريان الفوائد إلا من يوم المطالبة القضائية (م٢٢٦) . والحكمة التى دعت المشرع إلى الخروج عن القواعد العامة فى هذا الشأن هى أن المشترى قد حرم من الانتفاع بالمبيع من وقت استحقاقه ، فيستعيض عن هذا الانتفاع بالفوائد القانونية منذ ذلك الوقت أيضا[1].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٨٥- خميس خصر ص ٣٤٣- محمد شكرى سرور ص ٣٤٢ .

(ج) قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع :

يشمل التعويض قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع ، والثمار التى يلزم المشترى بردها أو برد قيمتها إلى المستحق، وبالتالى يحق له أن يرجع بها على البائع ، هى الثمار التى قبضها أو قصر فى قبضها وهو سئ النية (م٩٧٩) ، أى وهو عالم بحق الغير الذى استند إليه فى دعوى الاستحقاق ، ويفترض فى المشترى بوصفه حائزا للمبيع أنه كان حسن النية وقت قبض الثمار، فإذا ادعى المستحق أنه كان سئ النية فعليه إثبات ذلك [١].

ولما كان العلم واقعة قانونية فإنها تثبت بكافة الطرق . ويعتبر المشترى سئ النية على الأقل منذ إعلانه بعيوب حيازته فى صحيفة دعوى الاستحقاق (م٩٦٦/٢ مدنى) [٢].

وللمستحق أن يثبت أن المشترى كان يعلم قبل ذلك بوجود حق للغير على المبيع . فإذا ألزم المشترى برد الثمار التى قبضها أو قصر فى قبضها أو قيمتها وهو سئ النية إلى المستحق ، كان له أن يرجع بهذه القيمة على البائع كعنصر من عناصر التعويض المستحق له ، عدا ما قبضه منها بعد الاستحقاق ، لأن المشترى قد عوض عن ثمار المبيع بعد الاستحقاق بالفوائد القانونية على قيمة

---

(١) محمد عبد الظاهر حسين ص ٥٠ .

(٢) خميس خضر ص ٢٤٣ ومابعدها- محمد لبيب شنب ص ١٨٥ .

المبيع من هذا الوقت . ولكن لايستحق المشترى فوائد علــى قيمــة الثمار إلا من وقت المطالبة القضائية طبقا للقواعد العامة .

أما الثمار التى قبضها المشترى وكان حسن النية وقت قبضــها أي لايعلم بحق المتعرض ، فإنها يكسبها بهذا القبض (م٩٧٨/١) فلا يلتزم بردها أو برد قيمتها إلى المستحق ، وبالتالى لايكــون هنــاك محل لرجوعه بهذه القيمة على البائع .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن اســتحق المبيــع . والمفروض فى ذلك أن المشترى قد علم بحق الغير قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فوجب أن يرد الثمار المستحقة من وقت علمه بــذلك، ويرجع بها على البائع استيفاء لحقه فى التعويض .

أما ثمار المبيع من وقت رفع الدعوى ، فهذه قد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع كما سبق بيانه فيما تقدم "[1].

على أن حق المشترى فى الرجوع على البائع بقيمة الثمار التى ألزم بردها إلى المستحق ، مشروط بأن يكون قد دفع الثمن كله، أما إذا كان المشترى لم يدفع الثمن كله ، فإنه يجب أن يخصم من قيمة هذه الثمار الفوائد المستحقة للبائع عن هذا الثمن أو عن الباقى منــه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٩٦ .

طول المدة التى انتفع فيها بالمبيع إذ لا يجوز لـــه أن يجمـــع بـــين الثمار أو قيمتها وبين فوائد الثمن (م٤٥٨/١) [١].

(د) المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سئ النية :

قد ينفق المشترى على المبيع مصروفات مختلفة . وتنقسم هـــذه المصروفات إلى مصروفات ضرورية وهى اللازمة لحفظ الشـــئ وصيانته ، ومصروفات نافعة وهى التى لاتقوم ضرورة تـــستدعى إنفاقها وإنما ترتب عليها زيادة فى قيمة المبيـــع أو الانتفـــاع بـــه ، ومصاريف كمالية وهى التى تنفق بقصد الزخرف والزينة .

والمصاريف الضرورية يحق للمشترى مطالبة المالك المستحق بها كاملة ومن ثم فلن يكون محل لأن يرجع بها على البـــائع ، لأن الفقرة الأولى من المادة ٩٨٠ مدنى تقضى بأن على المالـــك الـــذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصـــروفات الضرورية . ولذلك لم تذكر المادة ٤٤٣ المصروفات الضرورية.

أما إذا أنفق مصروفات نافعة كإقامة طبقة جديدة فوق البناء أو استصلاح أرض بور أو غرس أشجار فى الأرض فإنه لايحق لـــه دائما مطالبة المستحق بها كاملة ، إذا أنه يسرى فى شأنها قواعـــد

---

(٢) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص٣٧٢ هامش (٣)-محمد لبيب شنب ص ١٨٦ .

الالتصاق المنصوص عليها بالمواد ٢/٩٨٠ ، ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدنى.
وهذه القواعد تفرق بين الحائز حسن النية والحائز سئ النية ، فإذا كان الحائز (وهو هنا المشترى) حسن النية أى لايعلم وقت أن أنفق بسبب الاستحقاق، خير المسترد بين أن يدفع له قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب الحائز نزع الأدوات . وطبيعى أن المستحق سيدفع الأقل من هاتين القيمتين ، فإذا كان ما اختار دفعه هو قيمة الزيادة فى ثمن الأرض استطاع المشترى أن يرجع على البائع بالفرق بين هذه القيمة والمصاريف التى أنفقها بالفعل. أما إذا كان الحائز (المشترى) سئ النية أى كان وقت البناء عالما بسبب الاستحقاق ، كان للمستحق أن يطلب إزالة المنشآت فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت ، أو أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت . وهكذا يبدو أن المشترى إذا كان سئ النية وقت البناء فلن يستطيع استرداد جميع ما أنفقه من مصاريف . فيكون له حينئذ أن يرجع بالفرق على البائع (بشرط أن يكون حسن النية وقت البيع كما هى القاعدة) [١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٨٢ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٣٨٥- عبد الودود يحيى ص ١٣٠ .

والخلاصة أن المشترى (حسن النية) يحق له مطالبة البائع بدفع المصروفات النافعة التى لم يستطع أن يلزم المستحق بها قانونا .

أما المصروفات الكمالية فلا يجوز للمشترى مطالبة المالك المستحق بها عملا بالفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ مدنى التى تقضى بأنه إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة . وواضح أن هذه المصروفات الكمالية مثل دهان الحيطان أو زخرفتها لايتصور أن يطلب المشترى إزالتها ، ومن ثم إذا لم يطلب المالك استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة فسيتركها المشترى للمستحق دون أخذ تعويض منه .

وحينئذ يكون للمشترى استرداد هذه المصاريف إذا كان البائع سئ النية أى يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق [١].

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... أما المصروفات الكمالية فلا يرجع بها المشترى على المستحق . وكذلك لايرجع بها على البائع إذا كان حسن النية ، لأن المدين فى المسئولية التعاقدية لايسأل عن الضرر غير متوقع الحصول ، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمرا غير متوقع .

---

(١) السنهورى ص ٦٨١ - عبد الودود يحيى ص ١٣٠ .

فإذا كان البائع سئ النية، أى كان يعلم بحق الأجنبى ، فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع ، ويحق إذن للمشترى أن يرجع عليه بالمصروفات الكمالية" (١).

ويلاحظ أنه إذا رجع المشترى على البائع سئ النية بالمصروفات الكمالية ، فإنه يجب أن يخصم من هذه المصروفات مازاد فى قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، ودخل بالتالى فى العنصر الأول من عناصر التعويض . فإذا فرضنا أن المبيع كان عقارا يساوى عشرة آلاف جنيه ، ثم أنفق المشترى عليه نفقات كمُالية قدرها ألف جنيه . وترتب على هذا أن قيمته زادت وقت الاستحقاق إلى عشرة آلاف وخمسمائة جنيه ، فإن المشترى لايرجع على البائع بما أنفقه من مصروفات كمالية بخمسمائة جنيه ، لأنه سيرجع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق وهى عشرة آلاف وخمسمائة جنيه(٢).

(هـ) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق :

للمشترى أن يطلب من البائع جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٠٠ مدنى .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٩٦ .

(٢) عبد الودود يحيى ص ١٣٠- محمد لبيب شنب ص ١٨٧ ومابعدها- منصور مصطفى منصور ص ١٧٥ .

فإذا صدر حكم باستحقاق المبيع فى مواجهة المشترى ، فإنه سيتحمل مصروفات دعوى الاستحقاق لأنه خسرها ، والقاعدة أن يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها (م١٨٤/١ مرافعات) ، ولذلك يحق للمشترى أن يطالب البائع بقيمة هذه المصروفات ، ولكن يخصم من هذه القيمة النفقات التى كان المشترى يستطيع أن يتقيها لو أخطر البائع بتعرض المستحق ، لأنها تكون ناشئة عن تقصيره وهو ملزم بإخطار البائع بالدعوى المرفوعة عليه وذلك فى الوقت الملائم (م٤٤٠) [1]. ومثال هذه المصروفات ما أنفقه المشترى فى الحصول على مستندات تفيده فى الدعوى إذا ثبت أن هذه المستندات موجودة لدى البائع . أو يتسبب البائع فى إطالة الإجراءات وزيادة النفقات نتيجة لذلك . وعلى البائع يقع عبء إثبات أن المشترى كان يستطيع اتقاء المصروفات [2].

ويجوز للمشترى مطالبة البائع بمصاريف دعوى الضمان الأصلية أو الفرعية التى رفعها على البائع ، إذا ما رجع المشترى على البائع بالضمان وهذا بديهى إذ الفرض أنه يحكم فى هذه الدعوى لصالح المشترى .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣١٨ – محمد لبيب شنب ص ١٨٨- عبد الودود يحيى ص ١٣١ .

(٢) السنهورى ص ٦٨٢ .

(و) تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع :

يلزم البائع بوجه عام بتعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

فالبائع يلتزم بتعويض المشترى عن كل خسارة نزلت به من جراء الاستحقاق حتى ولو لم تذكر ضمن العناصر السابقة ، ويعد هذا تطبيق للقواعد العامة ، فالقواعد العامة تقضى بأن التعويض فى المسئولية التعاقدية يشمل كل ما لحق الدائن من خسارة متوقعة أو فاته من كسب متوقع . ومثال ذلك مصاريف كتابة العقد ومصاريف التسجيل إن كان قد سجل وسمسرة الوسطاء ، ونفقات التسليم . وقيمة صفقة رابحة ضاعت على المشترى بسبب استحقاق المبيع[1]، وكذا تعويض المشترى من كساد تجارته التى كان يباشرها فى المبيع بسبب اضطراره إلى نقلها إلى مكان آخر[2]، وعن الأرباح التى حرم منها بسبب زيادة قيمة المبيع عن الثمن المتفق عليه عند البيع ، وما يكون قد طرأ من زيادة فيما بعد البيع إلى يوم الاستحقاق ، سواء كانت الزيادة بعمل المشترى أم بغير عمله كالظروف الطارئة أو الظروف الاقتصادية العامة [3].

---

(١) جلال العدوى ص ١٨٣ – عبد الودود يحيى ص ١٣١ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٨٩ .

(٣) سليمان مرقس ص ٣٨٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" وبوجه عام تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاتـه من كسب بسبب استحقاق المبيع ، وليس فى ذلك إلا تذكير بالقواعد العامة "[1] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لقاضى الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيـع ، ووجب على البائع رد الثمن مـع التضـمينات ، أن يقـدر هـذه التضمينات بمبلغ معين ، يلزم به البائع ، علاوة على الثمن ، أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التى يعوض بها على المشترى ما خسره، وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانونـا بسـبب نـزع الملكيـة والاستحقاق، وليس على القاضى إذا أجرى الفوائد التعويضية على البائع أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها فى المادة ١٢٤ مـن القانون المدنى القديم الذى يحكم واقعة النزاع ".

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩)

٢٠٣ـ هل تسرى قواعـد التعـويض عـن الاسـتحقاق علـى الراسى عليه المزاد (المشترى) إذا استحق المبيع ؟

ذكرنا سلفا عناصر التعويض التى يجوز للمشترى أن يرجع به على الدائن فى حالة الاستحقاق الكلى طبقا للمادة ٤٤٣ مدنى .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٩٧ .

ولكن المادة ٤١٦ من قانون المرافعات الجديد أوردت نصا خاصا في خصوص البيع الجبرى (بالمزاد) يحصر ما يرجع به الراسى عليه المزاد (المشترى) إذا ما استحق المبيع ، فى الثمن والتعويضات فقط دون عناصر التعويض الأخرى المذكورة فى القانون المدنى فقضت بأن : " إذا استحق المبيع كان للمشترى الرجوع بالثمن والتعويضات إن كان لها وجه .... إلخ " .

وقد انقسم الرأى فى سريان قواعد الضمان الواردة فى القانون المدنى فى هذه الحالة (البيع الجبرى) من عدمه .

فذهب رأى إلى أن ضمان الاستحقاق المنصوص عليه في القانون المدنى يقوم فى البيع الجبرى قيامه فى البيع بالممارسة. ومن ثم يكون المحجوز عليه (المدين أو الحائز أو الكفيل العينى) ملزما بالضمان إذ هو يعد بائعا ، ويرجع فى تحديد مدى هذا الضمان إلى ما ورد فى قائمة شروط البيع على اعتبار أنها شريعة أطراف الحجز بما فيهم المشترى بالمزاد بشرط ألا تكون مخالفة للنظام العام وتكملها القواعد العامة فى البيع التى نص عليها القانون المدنى ويشمل الضمان ضمان الاستحقاق كله أو بعضه وضمان النقص فى مساحة العقار عن المقدر لها فى قائمة شروط البيع ، ولا ضمان للعيب فى البيوع القضائية عملا بالمادة ٤٥٤ مدنى(١).

---

(١) الدكتور أحمد أبو الوفا إجراءات التنفيذ الطبعة التاسعة ١٩٨٦ ص ٧٨٦ ومابعدها- محمد شكرى سرور ص ٣٤٦ - الدكتور رمزى سيف قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية فى قانون المرافعات الجديد الطبعة الخامسة ١٩٥٩ ص ٥٣٢ .

بينما ذهب رأى آخر إلى أنه ليس للمشترى بالمزاد أى حق فى الضمان على النحو الذى تنص عليه المجموعة المدنية بالنسبة للمشترى فى عقد البيع .

ذلك أن قاعدة المجموعة المدنية فى الضمان لاتقوم على أساس أن البائع هو مالك الشئ المبيع حتى يقال بتطبيقها أيضا على البيع الجبرى ، بل تقوم على أساس أن البائع قد أراد البيع . ولما كان المدين لم يرد البيع ، فلا يمكن إلزامه بالضمان . والدليل على أن الالتزام بالضمان أساسه الإرادة ، أن للمتعاقدين الاتفاق على نقص الضمان أو إسقاطه (م٤٤٥ مدنى) . ومن ناحية أخرى ، فإنه لايمكن إلزام الدائن مباشر الإجراءات ، أو الموظف الذى أجرى البيع بالضمان [1].

ويستند بعض أنصار هذا الرأى فى تأييد رأيهم إلى ما جاء بالأعمال التحضيرية لقانون المرافعات الجديد . لما جاء بتقرير اللجنة التشريعية من أن نص المادة ٤١٦ كان فى مشروع الحكومة

---

(١) الدكتور فتحى والى التنفيذ الجبرى طبعة١٩٨٠ ص ٥٠٦ ومابعدها- الدكتور عبد الباسط جميعى طرق وإشكالات التنفيذ فى قانون المرافعات الجديد ١٩٧٤ ص ٧٥- الدكتور أحمد مليجى التنفيذ دار النهضة العربية ص ٨٢٣ – المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز الطبعة الثانية ١٩٨٢ ص ١٠٢٤ .

مطابقا لنص القانون القديم (م٦٤٠) فعدلته اللجنة " وسبب هذا التعديل هو تفادى اصطلاح ضمان الاستحقاق لما يثيره هذا الإصطلاح من ارتباط بأحكام القانون المدنى ولما قد يشعر بوجود التزام بالضمان فى البيع الجبرى على عاتق المدين المحجوز عليه"[1].

٢٠٤ـ الاتفاق على مقدار التعويض عن الاستحقاق :

يجوز الاتفاق على أن يعوض البائع المشترى عند التعرض له فى الانتفاع بالمبيع ، كما يجوز تحديد قيمة هذا التعويض مقدماً .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه إنما أعمل فى قضائه بالتعويض ما اتفق عليه العاقدان فى عقد البيع ، وما ورد فيه عن ضمان الضامن المتضامن مع البائع ، وكان يجوز للمشترى الاتفاق على أن يعوضه البائع فى حالة حصول تعرض له فى انتفاعه بالمبيع. كما يحق للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه فى العقد فإن الحكم لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٦)

---

(١) فتحى والى ص ٥٠٨ .

مـادة (٤٤٤)

١- إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

٢- فإذا اختار المشترى استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

الشـرح

التعويض فى حالة الاستحقاق الجزئى وحالة ثبوت تكليف على العين المبيعة :

٢٠٥ـ المقصود بالإستحقاق الجزئى :

يتحقق الاستحقاق الجزئى إذا لم يكن استحقاق المبيع كليا .

ويتوافر ذلك فى حالتين :

١- أن تثبت ملكية الغير لجزء مفرز أو شائع من المبيع نفسه أو لشئ من ملحقاته .

٢- أن يثبت للغير على المبيع حق آخر غير الملكية كحق انتفاع أو رهن أو اختصاص أو امتياز ، أو يثبت أن العقار المبيع لايوجد لمصلحته حق ارتفاق على عقار آخر وكان البائع قد أكد

وجوده للمشترى أو كان الارتفاق ظاهرا بحيث اعتقـد المشـترى وجوده ولم يبين له البائع أنه غير موجود [١].

٢٠٦ـ كيفية تقدير التعويض فى حالة الاستحقاق الجزئى :

يفرق النص فى التعويض المستحق فى حالة الاستحقاق الجزئى بين فرضين :

الفرض الأول :

أن تكون الخسارة التى لحقت المشترى جسيمة .

والمقصود بالخسارة الجسيمة هى الخسارة التى تبلغ قـدرا لـو علمه المشترى لما أتم العقد ومثالها أن يستحق جـزء مـن الأرض المبيعة فيصبح ما بقى لايصلح للغرض الذى قصده المشترى مـن البيع ، كأن يكون قد اشترى الأرض ليقيم عليها مصنعا ، ولايكفـى ما بقى منها بعد الاستحقاق لإقامة المصنع ، أو يكون قـد اشـترى الأرض لإقامة منزل عليها مكون من عدة طوابق ، ثـم يتبـين أن الأرض محملة بحق ارتفاق بعدم التعلى لصالح العقار المجاور، أو أن يشترى شخص منزلا لسكناه ، ثم يجد المنزل مؤجرا بعقد نافـذ فى حقه لمدة طويلة .

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٨٠- محمد لبيـب شـنب ص ١٨٩ ومابعدها – محمد شكرى سرور ص ٣٤٨ ومابعدها .

ففى هذا الفرض ، يكون المشترى بالخيار بين أمرين:

إما أن يرد المبيع أو ما بقى منه ، وما أفاده منه إلى البائع بما فى ذلك الثمار ، ويطالبه بالتعويض الكامل كما لو كان الاستحقاق كليا .

وإما أن يستبقى المبيع أو ما بقى منه على أن يعوضه البائع عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق أو ثبوت التكليف .

(انظر أيضا الغرض الثانى) .

وفى حالة اختيار المشترى سبيل التعويض الكامل كما لو كان الاستحقاق كليا ، فإنه يتعين على المشترى أن يرد المبيع وما أفاده منه .

ورغم ما ينطوى عليه هذا الرد من معنى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد فإن رجوع المشترى هنا لايستند إلى قواعد الفسخ . وإنما إلى قواعد الضمان وهذه كما ذكرنا سلفا تفترض بقاء العقد .

وإذ كان المشرع قد ألزم المشترى برد المبيع وما أفاده منه فما ذلك إلا أنه أراد أن يعامله كما لو كان الاستحقاق كليا ، فكان من العدل والحال كذلك ألا يحتفظ فى يده بشئ من المبيع [1].

---

(١) السنهورى ص ٦٨٨- عبد المنعم البدراوى ص ٤٨٦- محمد شكرى سرور ص ٣٥٠- محمد لبيب شنب ص ١٩٢- عبد الودود يحيى ص

الفرض الثاني :

أن تكون الخسارة التي لحقت المشتري غير جسيمة :

وتكون الخسارة غير جسيمة ، إذا كان الاستحقاق الجزئي أو ثبوت تكليف على العين المبيعة لايفوت على المشتري الغرض الذي قصده من البيع ، وبالتالي لم يكن يؤثر على قبوله البيع ، لو علم بالاستحقاق الجزئي أو بالتكليف وقت المبيع . ويتحقق ذلك في الأمثلة الواردة بالفرض الأول ، إذا كان المشتري قد اشترى الأرض ليقيم عليها منزلا خاصا ، أو اشترى المنزل بقصد استغلاله، فالمعيار إذن معيار شخصي يرجع فيه إلى شخص المشتري وظروفه ، لا إلى شخص عادي ، والمرجع في تقدير الجسامة هو قاضي الموضوع دون رقابة من محكمة النقض عليه في ذلك [1].

ففي هذا الفرض لا يكون للمشتري خيار ، وإنما يكون له أن يطالب البائع بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق

---

١٣٤ – وعكس ذلك مذكرة المشروع التمهيدي فقد جاء بها عند الكلام على حالة الاستحقاق غير الجسيم " .. أما إذا كان الاستحقاق غير جسيم ، فليس للمشتري أن يطلب الفسخ ، ولايكون له إلا المطالبة بالتعويض طبقا لما تقدم " (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٠١- أنور سلطان ص ٣٠٦) .

(١) عبد الودود يحيى ص ١٣٢ ومابعدها – خميس خضر ص٢٤٨ – جلال العدوي ص ١٨٧ .

الجزئى وفقا للقواعد العامة ، فيقدر التعويض على أساس ما لحــق المشترى من خسارة وما فاته من كسب .

ويطبق نفس الحكم إذا كانت الخسارة جسيمة ولكن المشترى آثر استبقاء المبيع .

ويلاحظ أن التعويض المستحق للمشترى إذا ما استبقى المبيــع لايقتصر- فى كافة الأحوال- على قيمة الجزء الذى استحق أو قيمة التكليف – فقد يكون الضرر الذى أصاب المشترى أكبر من هــذه القيمة، كما لو كانت فاتته منفعة رابحة بسبب الاستحقاق الجزئى أو بسبب وجود التكليف ، فيدخل هذا الربح الفائت عنصرا من عناصر الضرر الذى يلزم البائع بتعويضه عنه طبقا للقواعد العامة [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا اختار المشترى- وفقا لحكم المادة ٤٤٤ من القــانون المدنى استبقاء المبيع فإنه لايكون له إلا أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمته معيبا ومصروفات دعوى الضــمان التــى اضطره البائع إليها وبوجه عام ما لحقه من خسارة وما فاتــه مــن كسب بسبب العيب " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/٢٦)

---

(١) خميس خضر ص ٢٤٩ – محمد شكرى سرور ص ٣٥٠ ومابعــدها- عبد الودود يحيى ص ١٣٤.

٢- (أ)- " النص فى المادة ٤٤٣ من القانون المدنى علـــى أن "إذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع . (١) قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت. (٢) قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردهـا لمـن اسـتحق المبيــع . (٣) المصروفات النافعة التى لايستطيع المشترى أن يلزم بها المســتحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سئ النية . (٤) جميــع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمــادة ٤٤٠. (٥) ويوجه عام تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . كل هذا ما لم يكن رجوع المشــترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله " وفى المــادة ٤٤٤ مــن القانون ذاته على أن " (١) إذا استحق بعض المبيع أو وجد مـثقلا بتكليف وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه . (٢) فإذا اختــار المشــترى استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه مــن ضرر بسبب الاستحقاق " يدل على أنه إذا استحق كل المبيع يكــون للمشترى أن يرجع على البائع بطلب المبالغ المبينة بالمادة الأولــى

ومنها قيمة المبيع وقت الاستحقاقِ مع الفوائد القانونيـــة مـــن ذلـــك الوقت ، وكذلك إذا استحق بعض المبيع وقام المشترى برد المبيـــع إلى البائع " أما إذا اختار المشترى إستبقاء المبيع لم يكن لـــه إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئى، ويدخل فى حساب التعويض قيمة ما استحق من المبيع ويرجع فـــى تقدير قيمته إلى وقت الاستحقاق والذى يتحدد بوقت رفـــع دعـــوى الاستحقاق ، ولايستحق المشترى الفوائد القانونية إلا أن يـــرد إلـــى البائع المبيع وما أفاده منه ويطالب بالتعويض عن الاستحقاق الكلى وحق ما نصت عليه المادة ٤٤٣ من القانون المدنى . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قدر- أخذا بتقرير الخبير المقـــدم فـــى الدعوى – قيمة الجزء الذى استحق من المبيع وقت رفـــع دعـــوى الضمان بمبلغ ٧٥٠٠ جنيه بواقع ٥٠٠ جنيه للقيراط الواحد وقضى به للمطعون ضدهما الأولين باعتباره تعويضا لهما عن هذا الجزء ، وأضاف إليه الفوائد القانونية اعتبارا من تاريخ البيع وحتى تـــاريخ رفع دعوى الضمان رغم أن المطعون ضـــدهما الأولـــين اختـــارا استبقاء المبيع فلا يستحقان الفوائد القانونية ، فإن الحكم يكـــون قـــد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٠١٤ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢١)

٢٠٧ـ قابلية الالتزام بضمان الاستحقاق للانقسام :

رأينا من قبل أن الالتزام بعدم التعرض الشخصي وكذلك الالتزام يدفع تعرض الغير لايقبلان الانقسام .

وعلى العكس من ذلك فإن الالتزام بضمان الاستحقاق يقبل الانقسام بطبيعته ، لأن التعويض يدفع نقدا ، وليس هناك ما يمنع من انقسامه بين الملتزمين به فإذا تعدد البائعون ، فلا يلتزم كل منهم في مواجهة المشترى إلا بما يخصه من مقدار التعويض . وكذلك إذا تعدد المشترون، ما لم يكن قد اشترط التضامن الإيجابى، فلا يجوز لأى من المشترين أن يطالب البائع بالتعويض كله، وإنما يقتصر كل مشتر على المطالبة بنصيبه في التعويض .

ولكن يلاحظ أن الالتزام وإن كان قابلا للانقسام بطبيعته إلا أنه إذا توفى البائع عن عدة ورثة فيستطيع المشترى أن يطالب أى وارث بكل الدين إذا كان ما آل إليه من أموال التركة يفى بالتعويض المطلوب . لأن الالتزام بضمان الاستحقاق مضمون بكل أموال التركة [1].

---

(١) عبد الودود يحيى ص ١٣٤ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص ١٨٢– خميس خضر ص ٢٤٩ .

مـادة (٤٤٥)

١- يجـوز للمتعاقـدين باتفـاق خـاص أن يزيـدا ضـمان الاستحقاق، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان .

٢- ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قـد اشـترط عـدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البـائع قـد أبـان عنـه للمشترى.

٣- ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصـه إذا كـان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى .

الشـرح

٢٠٨ـ الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو إنقاصه أو إسقاطـه :

أحكام ضمان الاستحقاق لاتتعلق بالنظام العام . ومن ثم يجـوز للمتعاقدين أن يتفقا على غيرها فلهما أن يزيدا فى ضمان الاستحقاق، ولهما أن ينقصا من الضمان ، ولهما أن يتفقا على إسقاطه .

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تعرض هاتان المادتان (٥٩١-٥٩٢) للاتفـاق علـى تعـديل الضمان ، ومن الواضح أن الأحكام السابقة فى ضمان الاسـتحقاق ليست من النظام العام ، ويجوز للمتعاقدين أن يتفقا على غيرها"(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٠٦ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن القانون مع تحديده ضمان البائع فى المادتين ٢٦٦ و٣٠٠ مدنى ولو لم ينص على ذلك فى عقد البيع ، قد أباح للمتعاقدين تضييق مدى الضمان ، كما أباح لهما بمقتضى قواعد التعهدات العامة توسيع حدود الضمان القانونى بالنص فى العقد على أكثر مما حدده القانون ، لأن كل شرط يشترطه العاقدان فى دائرة ما أباحه القانون ، أى غير مخالف للنظام العام ولا للآداب، يكون ملزما للطرفين وواجب الاحترام منهما " .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣٢/٣/٣)

٢- " الضمان المقرر قانونا على البائع عند استحقاق المبيع يلزمه برد الثمن مع التضمينات وفقا للمادة ٣٠٤ مدنى- قديم – ما لم يكن المشترى عالما وقت البيع بالسبب الذى أدى إلى الاستحقاق إذ لايجوز له فى هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويضات عملا بالمادة ٢٦٥ مدنى – قديم- وهذا وذاك دون حاجة إلى اشتراط خاص فى العقد . وهذا الالتزام القانونى يقبل التعديل باتفاق العاقدين سواء على توسيع نطاقه أو تضييق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما ".

(طعن رقم ١٩١ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٢/١)

٣-" إذا كان الثابت فى الدعوى حسبما حصله الحكم المطعون فيه أن بنك مصر اتخذ إجراءات التنفيذ على قطعة أرض مقام عليها منزل مملوك للمطعون عليه الأول اشتراه من المطعون عليه الثانى وآخر وذلك وفاء لدين مستحق للبنك على مدينه المالك الأصلى لهذه الأرض ، وقام المطعون عليه الأول بدفع الدين للبنك توقيا لبيع منزله ، ثم رفع دعواه الحالية يطالب مورث الطاعنين وهو البائع للبائعين له بهذا المبلغ، فإن مفاد ذلك أن المطعون عليه الأول يرجع بما دفعه للبنك على مورث الطاعنين لا بوصفه مدينا شخصيا للبنك، وإنما بوصفه بائعا للبائعين للمطعون عليه الأول ، وأن دفع الأخير دين البنك يعتبر بالنسبة لهذا البائع استحقاقا للمبيع فيجب عليه الضمان ويلتزم بأن يدفع للمطعون عليه الأول- المشترى- ما دفعه للبنك لايغير من هذا النظر أن مورث الطاعنين التزم فى الإقرار المؤرخ .... بأن يدفع دين البنك أو أثمان العقارات المبيعة لأن ذلك من جانبه ليس إلا اقرارا بالتزامه بضمان الاستحقاق وتعديلا لأحكامه المنصوص عليها فى المادتين ٤٤٣، ٤٤٤ من القانون المدنى ، إذ يجوز للمتعاقدين طبقا للمادة ٤٤٥ من هذا القانون أن يتفقا على تعديل هذه الأحكام " .

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٦)

٤- " النص فى المادة ٤٤٥ من القانون المدنى على أنه "يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق، أو ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان .... ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى ، وفى المادة ٤٤٦ من القانون ذاته على أنه " إذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار " ، مفاده أن التزام البائع القانونى بالضمان يقبل التعديل باتفاق التعاقدين سواء على توسيع نطاقه أو تضييق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما " .

(طعن رقم ٩٠١لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٣٠)

ونعرض لهذه الصور الثلاث للاتفاقات على التوالى .

أولاً : الاتفاق على زيادة الضمان :

إذا أراد الطرفان زيادة الضمان ، فلا يكفى ذكر بعض العبارات العامة غير المحددة التى كثيرا ما ترد فى عقود البيع ، كأن يذكر

فى العقد أن البائع " ضمان لجميع أسباب التعرض أيا كانــت " لأن مثل هذه العبارة لاتضيف شيئا إلى أحكام الضمان التــى وضــعها القانون فحتى يمكن زيادة الضمان يجب أن يذكر المتعاقدان وجــه الخروج على الأحكام التى وضعها القانون بشكل محدد، كأن يتفقــا على أن يلتزم البائع عند الاستحقاق بكافة المصاريف التــى أنفقهــا المشترى على المبيع بما فيها الكمالية ولو كان البائع حسن النيــة ، أو أن يتفقا على أن يكون للمشترى فى حالة الاستحقاق الجزئى أن يرجع بكل التعويضات التى وضعها القانون لحالة الاستحقاق الكلى مع رد المبيع وما أفاده منه حتى ولو لم تكن الخسارة جسيمة [1].

وعلى العموم فالاتفاق على زيادة الضمان أمر نادر فى العمــل لأن فى أحكام القانون ما يكفى لحماية المشترى حماية فعالة ، بــل يذهب البعض إلى أنه لايوجد فى العمل مثل هذه الاتفاقات .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن القانون إذ بين نتائج البيع من جهة التزامات كل مــن المتعاقدين لم يقصد إلزام المتعاقدين بعدم الخروج عن تلك النتــائج ولكنه وضعها على اعتبار أنها فكرة المتعاقدين وما يقصدانه غالبــا

---

(١) السنهورى ص ٦٩٧ ومابعدها - منصور مصطفى منصور ص ١٨٣- اسماعيل غانم ص ١٨٩ - خميس خضر ص ٢٥٠ .

وقت البيع . فإذا لم يذكر فى عقد البيع التزامات صريحة خاصة بالضمان فإن القانون يفرض أن المتعاقدين أرادا ما بينه فى مواده. ولهذا يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان - إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع - أن يبين فى العقد الشرط الذى يفهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون. أما اشتمال العقد على ما قرره القانون، بعبارات عامة ، فإنه لايدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون ، ويكون من المتعين فى هذه الحالة تطبيق الضمان القانونى دون زيادة عليه، لأنه فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد ".

(طعن رقم ٤٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣٢/٣/٣)

٢- " اشتراط الضمان فى عقد البيع بألفاظ عامة لايعتبر تعديلا فى الأحكام التى رتبها القانون على البائع لالتزامه بهذا الضمان إلا إذا كان المشترى والبائع عالمين وقت التعاقد بسبب الاستحقاق، ففى هذه الحالة يدل النص على شرط الضمان فى العقد- وهو أصلا لاحاجة إليه - على أن الغرض منه هو تأمين المشترى من الخطر الذى يهدده تأمينا لا يكون إلا بالتزام البائع عند الاستحقاق بالتضمينات علاوة على رد الثمن " .

(طعن رقم ١٩١ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٢/١)

ثانيا : الاتفاق على إنقاص الضمان :

يقصد بالاتفاق على إنقاص الضمان ، الاتفاق على إنقاص ما يدفعه البائع من تعويض عند الاستحقاق ، سواء كان الاستحقاق كليا أو جزئيا ، كأن يتفق على ألا يكون البائع ملتزما عند الاستحقاق الكلى إلا برد الثمن ولو زادت قيمة المبيع وقت الاستحقاق على ذلك . وكذلك يشمل الاتفاق على عدم ضمان البائع للاستحقاق الناشئ عن سبب معين ، كما لو اتفق على عدم ضمان البائع الاستحقاق إذا نزعت ملكية المبيع على إثر توقيع الحجز للوفاء بين دائن مرتهن معين ، أو على أن البائع لايضمن ما يظهر على المبيع من حقوق ارتفاق خفية لا علم له بها وقت البيع ، أو على ألا يضمن الاستحقاق الذى يترتب على رفع من تلقى منه البائع الملكية دعوى بطلان أو على انفساخ سنده بسبب تحقق الشرط الفاسخ، أو على أن البائع الذى يضع يده على المبيع ولم يبق إلا مدة قصيرة لتكتمل مدة تملكه بالتقادم لايضمن الاستحقاق إذا تعرض المالك الحقيقى للمشترى وقطع مدة التقادم فى هذه الفترة القصيرة الباقية[١].

والاتفاق على إنقاص الضمان ، هو أكثر وقوعا فى العمل من الاتفاق على زيادة الضمان .

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٨٣ ومابعدها- أنور سلطان ص ٣٠٩.

ثالثا : الاتفاق على إسقاط الضمان :

يقصد بالاتفاق على إسقاط الضمان ، أن يتضمن العقد شرطا خاصا بعدم الضمان ، أى اشتراط أن البائع لايضمن استحقاق المبيع أيا كان سبب الاستحقاق . وقد أجازت الفقرة الأولى من هذه المادة هذا الشرط .

مع ملاحظة أنه يكون باطلا- كما سنرى- إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى. فإذا كان شرط عدم الضمان صحيحا ، فلن يترتب عليه إسقاط الضمان كلية ، وإنما قيدت المادة ٤٤٦ مدنى أثر الشرط العام بعدم الضمان بقيدين ، سنعرض لهما فى شرح المادة ٤٤٦ .

٢٠٩- حكم خاص بحقوق الارتفاق :

يترتب على ما ذكرناه سلفا أنه إذا أراد البائع إنقاص ضمان الاستحقاق أو إسقاطه ، فإن ذلك يجب أن يكون بموجب شرط فى العقد ، فمجرد علم المشترى بوجود حق على المبيع ، لايكفى فى الأصل لإعفاء البائع من الضمان . ولكن المشرع خالف هذا الأصل فيما يتعلق بحقوق الارتفاق ، حيث اعتبر علم المشترى بوجود حق ارتفاق على المبيع يعادل اشتراط عدم الضمان ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ على أن : " ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان

البائع قـد أبـان عنه للمشترى " . ويبين مـن هـذا الـنص ، أن حقوق الارتفاق ، فيما يتعلق باشتراط عدم الضمان ، تختلف عـن غيرها من الحقوق . فبالنسبة لهذه الحقوق الأخيرة ، لا يكفى لإعفاء البائع من الضمان أن يثبت علم المشترى وقت البيع بهذه الحقوق ، بل يجب أن يتضمن عقد البيع شرطا خاصا بعدم الضمان .

أما بالنسبة لحقوق الارتفاق ، فإن عدم ضمان البائع يتحقق إمـا بوجود شرط عدم الضمان فى العقد، وإما بإثبات أن المشترى كـان يعلم ، وقت العقد بحق الارتفاق ، لأنه ظاهر ، أو لأن البـائع قـد أبان له عنه .

فعلم المشترى بحق الارتفاق ، الذى يعادل شرط عدم الضمان، يجب أن يتحقق بإحدى طريقين :

(الأولى) أن يكون حق الارتفاق ظاهرا ، بحيث كان المشـترى يستطيع أن يتبينه وقت البيع ، الأمر الذى يستفاد منه أنه قبل إعفاء البائع من ضمان هذا الحق .

ويكفى أن يكون حق الارتفاق ظاهرا ، حتـى ولـو لـم يكـن المشترى قد علم به فعلا [1].

والارتفاق الظاهر هو الذى توجد علامة خارجية تـدل عليـه سواء فى العقار المرتفق ، كفتحة المطل فى مبنى الجار على العقار

---

(١) السنهورى ص ٧٠٤ – عبد الودود يحيى ص ١٣٧ .

المبيع تدل على أنه محمل بحق ارتفاق بالمطـل، أو فـي العقـار المرتفق به ، كوجود ممر أو مجرى بالأرض المبيعة لصالح أرض الجار يدل على أن الأرض المبيعة محملة بحق ارتفاق بالمرور أو بالمجرى . أما الارتفاق غير الظاهر ، فهو الذى لا توجد علامـة خارجية تدل عليه ، كارتفاق بعدم البنـاء ، أو بعـدم التعلـى ، أو ارتفاق بالمرور إن لم يكن هناك طريق مخطط يدل على وجوده[١].

(الثانية) إذا لم يكن حق الارتفاق ظاهرا فيكفى أن يعلم البـائع المشترى بوجود هذا الحق . ويجب أن يعلمه بوجود حق الارتفـاق بالذات ، فلا يكفى التعميم والقول بأنه باع المبيع بما عليه من حقوق ارتفاق أو نحو ذلك .

ولا يوجد شكل خاص للإعلام فيصح أن يكون شفويا ، ولكـن البائع يحمل عبء إثبات أنه أعلم المشترى بوجود حق الارتفاق[٢].

وليس الإعلام فى ذاته اشتراطا لعدم الضمان ، بل هو مجـرد إعلام بوجود الارتفاق ، وإقدام المشترى مع ذلك على الشراء يـدل على انصراف إرادة الطرفين إلى اشتراط عدم الضمان [٣].

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٧٧- عبد المنعم البدراوى ص ٤٥٩ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٧٠٤ وهامش (٢) .

(٣) السـنهورى ص ٧٠٤ ومابعـدها - عبـد الـودود يحيـى ص ١٣٧ ومابعدها- اسماعيل غانم ص ١٧٧- سمير تناغو ص ٣٠٦ .

أما إذا كان المشترى قد علم بوجود الارتفاق عن طريق آخر غير البائع ، فلا يترتب هذا الأثر ، أى يظل البائع ملزما بالضمان رغم علم المشترى بوجود الارتفاق ذلك أن علم المشترى بحق الارتفاق الذى يترتب عليه إسقاط ضمان البائع يجب أن يكون علما ينطوى فيه معنى إسقاط الضمان [١].

ولايكفى أن يكون الارتفاق مسجلا ، لأن المشرع لم يعف البائع من الضمان إلا على أساس اتفاق ضمنى بين البائع والمشترى على إسقاط الضمان ، وهو ما يستفاد فقط من كون حق الارتفاق ظاهرا أو من إعلام البائع للمشترى عن وجوده . أما كون حق الارتفاق مسجلا ، فهو لا يدل فى ذاته على أن المشترى قبل إسقاط الضمان عن البائع ، بل تطبق القواعد العامة فى أن إسقاط الضمان عن أى سبب من أسباب الاستحقاق لابد أن يكون متفقا عليه بوضوح فى عقد البيع [٢].

---

(١) السنهورى ص ٧٠٥ – عبد المنعم البدراوى ص ٤٦٣– منصور مصطفى منصور ص ١٨٦ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٧٠٥ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ١٧٨ منصور مصطفى منصور ص ١٨٦- سمير تناغو ص ٣٠٧ ومابعدها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" كل ما تستخلصه محكمةِ الموضوع استخلاصا معقـولا مـن قرائن واقعية فلا معقب عليه لمحكمة النقض . فـإذا قـرر الحكـم المطعون فيه أن علم المشترى بوجود حق ارتفـاق علـى العـين المبيعة قبل التعاقد يمنعه من طلب الفسخ ، ثم أثبت حصـول هـذا العلم استخلاصا من قرائن واقعية تسمح به ، وبناء على ذلك رفض طلب الفسخ فلا تدخل لمحكمة النقض " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٤/٢)

٢- " إذا كان الحكم بإزالة البناء الذى أقامه المدعى عليه فـى الأرض التى اشتراها مؤسسا على أن المشـترى إذ قبـل شـراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق مطل محكوم به فى مواجهة البائع فقـد التزم (التزاما شخصيا) بالامتناع عن التعرض لمن تقرر لـه حـق الارتفاق ، فهذا الحكم يكون موافقا للقانون . ولايصح الطعن فيـه بمقولة إنه إذ اعتبر الحكم الذى قرر حق الارتفاق فى مواجهة البائع حجة على المشترى رغم عدم تسجيله قد خالف نص المادة الثانيـة من قانون التسجيل " .

(طعن رقم ٣ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١/١٣)

٢١٠ـ عدم سريان الحكم الخاص بحقوق الارتفاق على حقوق أخرى :

ذهب رأى إلى أن الحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ الخاص بحقوق الارتفاق ، حكم استثنائى ، فيقتصر على الحالة التى ورد بشأنها وهى حقوق الارتفاق ومن ثم فلا تقاس على حقوق الارتفاق حقوق أخرى كحق الانتفاع أو حق الرهن، فهذه الحقوق لايعفى البائع من التزامه بضمانها إلا بموجب اتفاق على ذلك ، فلا يكفى أن تكون هذه الحقوق ظاهرة ، أو يكون البائع قد أخطر بها المشترى لكى نفترض اشتراط عدم الضمان ، كما هو الشأن بالنسبة لحقوق الارتفاق [1].

بينما يذهب رأى آخر إلى أن هذا الحكم يجب أن يسرى على جميع الحقوق والتكاليف ، وليس فقط على حقوق الارتفاق فالبائع لايضمنها إلا إذا لم يكن قد أخطر بها المشترى . فإن فعل لم يسأل عنها بأى وجه من الوجوه [2].

ونرى الأخذ بالرأى الأول .

---

(١) عبد الودود يحيى ص ١٢٨- السنهورى ص ٧٠٢ هامش (١)- منصور مصطفى منصور ص ١٨٨- اسماعيل غانم ص ١٧٧.

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٥٤- أنور سلطان ص ٣٠٧ ومابعدها .

٢١١ـ بطلان شرط الضمان إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ على أن : " ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي ".

فيبطل شرط عدم الضمان إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي . تأسيسا على أن قاعدة الإعفاء من المسئولية لايشمل الغش.

وهذا الفعل من جانب البائع يسقط أيضا الشرط الخاص بعدم الضمان .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٣٠٣ من القانون المدنى قد نصت على بطلان شرط عدم الضمان إذا كان حق مدعى الاستحقاق فى البيع مترتبا على فعل البائع. فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يحمل البائع (وزارة الأوقاف) إلا ضمان تصرفاته فى العقار المستبدل بعد رسو المزاد على المشترى ، فإن شرط عدم الضمان الوارد فى البند الحادى والعشرين من شروط قائمة مزاد أو استبدال الأموال الموقوفة ، ومؤداه أن المشترى يشترى ساقط الخيار ، لا يسقط عن البائع

(الوزارة) ضمان عدم تسليم المبيع بالحالة التى كان عليهـــا وقــت رسو المزاد وتصرفه فيه بالهدم والبناء وبيع بعضه وقبض ثمنــــه، مادام كل ذلك كان من فعله وبعد رسو المزاد ".

(طعن رقم ٧٩ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/١٧)

مـــادة (٤٤٦)

١- إذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضـــى بغيــر ذلك.

٢- أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فــإن البائع يكون مسئولا عن رد قيمة المبيع وقت الاســـتحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنـــه اشترى ساقط الخيار .

الشـــرح

٢١٢ـ مسئولية البائع عند الاتفاق على عدم الضمـان :

نعرض المادة (٤٤٦) لحالة واحدة من الحالات الـــثلاث التـــى يجوز فيها الاتفاق على تعديل أحكام الضمان – والتى عرضنا لهـــا فيما سلف – وهى حالة الاتفاق على إسقاط الضـــمان كليـــة ، أى الحالة التى يتفق فيها البائع والمشترى على إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقا دون التقيد بسبب معين . فيكون البـــائع غيـــر مســـئول إذا استحق المبيع كليا أو جزئيا . فقضت المادة بأنه بالرغم من وجـــود هذا الاتفاق فإن البائع يظل مسئولا عن الضمان ، وفرقت فى مدى هذه المسئولية بين الاستحقاق الذى ينشأ عن فعله ، وبين الاستحقاق الذى ينشأ عن فعل الغير ، وذلك على النحو التالى .

(أ) الاستحقاق الذى ينشأ عن فعل البائع :

إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ عن فعل البائع ، فإنه لايكون للاتفاق على عدم الضمان ثمة أثر . ويبقى البائع رغم اشتراط عدم الضمان مسئولا عن كل استحقاق ينشأ من فعله .

ويكون الاستحقاق ناشئا عن فعل البائع إذا كان الأجنبى المتعرض قد تلقى حقه من البائع ، سواء قبل البيع أو بعده ، كما لو كان البائع قد باع المبيع من قبل ، أو عاد فباعه مرة ثانية ، وسبق المشترى الآخر إلى تسجيل عقده . أو كان البائع قد قرر على المبيع تكليفا قبل البيع أو بعده .

(ب) الاستحقاق الذى ينشأ عن فعل الغير :

إذا كان استحقاق المبيع لم ينشأ من فعل البائع ، وإنما نشأ عن فعل الغير ، فإن الاتفاق على عدم الضمان يرتب أثره ، ولكن هذا الأثر لايصل إلى حد إعفاء البائع من الضمان كلية . وإنما ينقص من ضمان البائع إذ يظل البائع ملتزما بأن يدفع للمشترى قيمة المبيع وقت الاستحقاق فقط ، ويقتصر أثر الشرط على إعفاء البائع من عناصر التعويض الأخرى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يشترط لصحة الاتفاق على إنقاص الضمان أو إسقاطه توافر شرطين أولهما : ألا يكون الاستحقاق ناشئا عن فعل البائع ، إذ يظل فى هذه الحالة مسئولاً عن الضمان ولو تضمن العقد الإعفاء منه ،

وذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من القانون المدنى ثانيهما : ألا يتعمد البائع إخفاء حق الأجنبى ، ذلك أن عقد البيع يلزم البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ، فإن لم يقم البائع بتنفيذ التزامه أو لم يتمكن من القيام به أو استحقت العين المبيعة أو قضى بعدم نفاذ عقده أو بطلانه أو نزعت ملكيتها فإنه يتعين على البائع رد الثمن مع التضمينات ، إلا إذا اشترط البائع على المشترى إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقاً واستحق المبيع كله أو بعضه ولم يكن هذا التعرض ناشئاً عن فعله أو لم يتعمد إخفاء حق الأجنبى على المبيع فإن حق الضمان يسقط عن البائع ".

(طعن رقم ٩٠١ لسنة ٦٨ق جلسة ١٩٩٩/٥/٣٠)

٢١٣- إعفاء البائع من الضمان كلية فى حالتين :

بعد أن ألزمت الفقرة الثانية من المادة البائع برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ عن فعل الغير ، استثنت من ذلك حالتين يعفى فيهما البائع من رد قيمة المبيع هما :

١- أن يكون المشترى عالما بسبب الاستحقاق وقت التعاقد. لأن رضاء المشترى بشرط عدم الضمان مع علمه بسبب الاستحقاق يدل على أنه قد أراد إعفاء البائع من كل مسئولية عن هذا السبب .

ويقع على عاتق البائع إثبات علم المشترى بسبب الاستحقاق، وهذا العلم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق.

٢- أن يتضمن العقد ما يدل على أن المشترى قد اشترى مخاطرا وأنه يتحمل وحده نتائج استحقاق المبيع للغير. وهو ما عبر عنه المشرع بقوله إذا كان قد " اشترى ساقط الخيار" . فإذا تضمن العقد بندا بهذا المعنى ، فلا حق للمشترى فى استرداد قيمة المبيع إذا ما استحق للغير .

وواضح أنه فى العمل لن يقبل المشترى الشراء ساقط الخيار إلا إذا كان هناك شك فى تحقق سبب الاستحقاق ، فيحدد للمبيع ثمن يقل عن قيمته ، ويكون المشترى معرضا لخسارة ما دفع إذا ما تحقق سبب الاستحقاق ، ولكنه فى نفس الوقت يأمل فى ألا يتحقق سبب الاستحقاق فيحصل على ربح يعادل الفرق بين الثمن الذى دفعه وقيمة المبيع حقيقة ، فيكون العقد من عقود الغرر التى تحتمل الربح أو الخسارة [١].

ولايشترط لإعفاء البائع من الضمان على هذا النحو أن يرد شرط شراء المشترى ساقط الخيار فى ألفاظ خاصة ، أو أن يكون شرط إسقاط الضمان مقترنا بعبارة أن المشترى قد اشترى ساقط

---

(١) اسماعيل غانم – ص ١٩١- عبد المنعم البدراوى ص ٤٩٥ ومابعدها- خميس خضر ص ٢٥٢ ومابعدها .

الخيار . بل يكفى فى ذلك أن يكون شرط إسقاط الضمان واضحا فيه أن المقصود هو جعل البيع عقدا احتماليا ، وأنه فى حالة استحقاق المبيع لا يكون البائع مسئولا عن شئ . فيجوز أن يصاغ شرط عدم الضمان بما يفيد هذا المعنى دون أن يذكر أن المشترى قد اشترى ساقط الخيار. كأن يذكر المشترى أنه لايرجع حتى بقيمة المبيع ، أو يذكر البائع أنه لايرد شيئا إطلاقا ، أو نحو ذلك [1].

وقد ذهب بعض الشراح إلى أنه يكفى لإسقاط الضمان أن يذكر فى العقد أن المشترى اشترى ساقط الخيار ولو لم يذكر شرط عدم الضمان . لأن معنى كونه اشترى ساقط الخيار أنه عقد بيعا من بيوع الغرر والمخاطرة ، فيسقط كل رجوع له على البائع إذا وقع الاستحقاق [2].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولهما أن يسقطا الضمان أصلا ، ويشترط هنا أيضا ألا يكون البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى ، كما يشترط ألا يكون الاستحقاق ناشئا عن فعله . فإذا كان الاستحقاق ناشئا عن فعل الغير ولم يتعمد البائع إخفاء حق هذا الغير ، صح شرط عدم الضمان ، ولكن البائع

---

(١) السنهورى ص ٧٠٨ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٧٠٩ - عبد المنعم البدراوى ص ٤٩٦- وعكس ذلك أنور سلطان ص ٣١٣ .

يبقى مسئولا عن رد قيمة المبيع (أو رد الثمن كما هو الأمـر فـى التقنين الحالى ، م٣٠٢/٣٧٦) ، ويكون البائع غير مسئول عـن رد شئ ما إذا صحب شرط عدم الضمان أحد أمرين ، علم المشـترى بسبب الاستحقاق أو شراؤه ساقط الخيار ، لأن البيع فى هذه الحالة يكون عقدا احتماليا "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن المادة ٣٠٣ من القانون المدنى قد نصت على بطـلان شرط عدم الضمان إذا كان حق مدعى الاستحقاق فى المبيع مترتباً على فعل البائع فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يحمل البائع (وزارة الأوقاف) إلا ضمان تصرفاته فى العقار المستبدل بعد رسو المـزاد على المشترى ، فإن شرط عدم الضمان الوارد فى البنـد الحـادى والعشرين من شروط قائمة مزاد اسـتبدال الأمـوال الموقوفـة ، ومؤداه أن المشترى يشترى ساقط الخيار ، لايسـقط عـن البـائع (الوزارة) ضمان عدم تسليم المبيع بالحالة التى كان عليهـا وقـت رسو المزاد وتصرفه فيه بالهدم والبناء وبيع بعضه وقبض ثمنـه ، مادام كل ذلك كان من فعله وبعد رسو المزاد ".

(طعن رقم ٧٩ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/١٧)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٠٦.

٢- " إن عقد البيع سواء كان مسجلا أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة . فإذا لم يقم البائع بتنفيذ هذا التعهد أو لم يتمكن من القيام بــه واســتحقت العين المبيعة أو نزعت ملكيتها بسبب ترتيب حق عينى عليها وقت البيع أو لنشوء هذا الحق بفعل البائع بعد تاريخ العقد فإنه يجب عليه رد الثمن مع التضمينات طبقا لما تقضى به المادتــان ٣٠٠، ٣٠٤ من القانون المدنى . ولايسقط حق الضمان عن البائع إلا إذا اشترط عدم الضمان وكان المشترى عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق أو اعترف أنه اشترى ساقط الخيار . أما عدم تسجيل المشترى عقــد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذن فــالحكم الــذى يرفض دعوى الضمان تأسيسا على أن نــزع ملكيــة العــين مــن المشترى لم يكن إلا نتيجة إهماله فى تسجيل عقد شرائه مما مكــن دائن البائع الشخصى من نزع ملكية العين المبيعة ، يكــون حكمــا مخالفا للقانون متعينا نقضه " .

(طعن رقم ٧١ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٢/٢٠)

٣- " لايلزم لسقوط حق الضمان عن البائع استعمال ألفاظ معينة أو التعبير بعبارة ساقط الخيار ، وإنما يكفى أن يكون واضحا مــن صياغة الشرط الإعفاء من ضمان الاستحقاق مع تحقــق شــروطه القانونية ".

(طعن رقم ٩٠١ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٣٠)

تقادم دعوى ضمان الاستحقاق :

٢١٤ـ مدة التقادم :

تتقادم دعوى ضمان الاستحقاق بالتقادم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة (م٣٧٤ مدنى) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المادة ٤٥٢ من القانون المدنى خاصة بضمان العيوب الخفية. أما دعوى ضمان الاستحقاق فإنها لاتتقادم إلا بخمس عشرة سنة" .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

٢١٥ـ متى يبدأ سريان مدة التقادم ؟

ضمان الاستحقاق التزام شرطى يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه ، ومن ثم فإن التقادم لايسرى بالنسبة إلى هذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " القاعدة سواء فى التقنين المدنى القديم أو القائم أو التقادم المسقط لايبدأ سريانه إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء مما يستتبع أن التقادم لايسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط موقف إلا من وقت تحقق هذا الشرط . وإذ كان ضمان

الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فـــى دعواه فإن لازم ذلك أن التقادم لايسرى بالنسبة لهذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به لا من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق " .

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٣/١٠)

٢- " إذا كان ضمان الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه ، فإن لازم ذلك أن التقادم لايسرى بالنسبة إلى هذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيـــه الاســـتحقاق بصدور حكم نهائى به ، ومن ثم فإن القول ببـــدء ســـريان التقـــادم بالنسبة لهذا الضمان فى ظل التقنين المدنى الملغى من وقت رفـــع الدعوى بالاستحقاق يكون على غير سند إذ أن حكم القانون فى هذه المسألة واحد فى التقنينين القديم والقائم " .

(طعن رقم ٢٠٠٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩)

مـادة (٤٤٧)

١- يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترئ وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده .

٢- ومع ذلك لايضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، إلا إذا أثبت المشترى أن البائع قد أكد خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه .

الشـرح

٢١٦- ضمان العيوب الخفية :

لايقتصر ضمان البائع على التعرض والاستحقاق ، بل هو يضمن للمشترى العيوب الخفية التى من شأنها أن تنقص من قيمة المبيع أو جعل المبيع غير صالح للانتفاع به على الوجه الذى يحقق الغاية المقصودة . على أنه لايكفى لرجوع المشترى بالضمان على البائع ، أن يكتشف بالمبيع عيبا أيا كان ، بل يجب أن تتوافر

فى هذا العيب الشروط التى نص عليها القانون . وقد وردت هـــذه الشروط فى المادتين ٤٤٧و٤٤٨ . كما أن المادة ٤٤٩ توجب على المشترى واجب التحقق من حالة المبيع عند تسلمه وواجب إخطـــار البائع بالعيب الذى يكتشفه . ويتضح من المادة ٤٤٧ أن المشرع قد ألحق بالعيب الخفى حالة ما إذا تخلفت فى المبيع صفة كفل البـــائع للمشترى وجودها فيه ، فيكون للمشترى الرجوع على البائع فى هذه الحالة على أساس أحكام الضمان .

ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى .

٢١٧ـ المقصود بالعيب الخفى :

العيب الخفى هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة الســليمة للمبيع ، أو هو نقيصه يقضى العرف سلامة المبيع منهـــا غالبـــا . وهى لاتوجد عادة فى مثل المبيع ولكنها وجدت بالمصـــادفة فيمـــا اشتراه المشترى [١].

ومثال ذلك :

١- ظهور أن الأرض المبيعة تتخللها فى باطنها ميـــاه كثيـــرة نظرا لرداءة مصارفها ، لأن هذا العيب من شأنه أن يعطل زراعة الأرض وقوة إنتاجها وليس من السهل اكتشافه بالفحص العادى .

(١) عبد المنعم البذراوى ص ٥٠١- اسماعيل غـــانم ص ١٩٢ - محمـــد شكرى سرور ص ٣٥٧ ومابعدها .

٢- ظهور أن سقوف المنزل المبيع قد نخر السوس فى أخشابها، إذا كان من الصعب اكتشاف ذلك بالفحص العادى نظرا لأن الأخشاب مغطاة بالدهان والنقوش .

٣- ظهور أن أساس المنزل واه لدرجة تجعل البناء معيبا غير متين .

٤- ظهور أن البذور المبيعة لاتنبت شيئا عند بذرها فى أرض الزراعة [١].

وظاهر مما تقدم أن العيب الخفى قد يلحق العقار أو المنقول على حد سواء .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" العيب الذى تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية وفقا للمادة ٣١٢ من القانون المدنى هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع . فإذا كان ما يشكو منه المشترى هو أن المبيع وجد مصنوعا من مادة غير المادة المتفق عليها فذلك لايعتبر عيبا خفيا موجبا لضمانه . فالحكم الذى يؤسس قضاءه بالفسخ على القول بوجود عيب خفى فى المبيع هو مخالفة المادة التى صنع

---

(١) راجع فى هذه الأمثلة أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٣٩١ ومابعدها- محمد شكرى سرور ص ٣٥٨ .

منها للمادة التى دلت عبارات العقد صراحة على أنها كانت الموضوع المعتبر فيه يكون مخالفا للقانون متعينا نقضه " .

(طعن رقم ٥ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٨) (١)

---

(١) كما قضت بأن :

" أحكام العيب الخفى التى نص عليها المواد (٣١٣- ٣٢٤) من القانون المدنى- القديم- فى باب البيع لاتنطبق فى حالة عدم الاستصناع غير المختلط بالبيع وهو العقد الذى يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة . وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى التعويض التى رفعتها الطاعنة على المطعون عليها بسبب تلف أقمشتها عند تبيضها فى مصبغتها ، وقد أقام قضاءه على أن العقد المبرم فيما بينها وبين المطعون عليهما هو عقد استصناع وأن مسئولية هذين الأخيرين عن تبييض أقمشة الطاعنة قد انتفت بتسلمها هذه الأقمشة بغير قيد أو شرط وأنه حتى لو كان قد ظهر فيها تلف نتيجة الصباغة فهو عيب خفى كان يجب أن ترفع عنه الطاعنة دعوى الضمان فى خلال ثمانية أيام من وقت تحققها منه وذلك سواء أكان عقد الاستصناع مختلطا أمليس مختلطا ببيع، وكان الحكم قد خلا من بحث ما تمسكت به الطاعنة من أن تسلمها الأقمشة لايفيد القبول الذى يرفع مسئولية المطعون عليها لأنها تسلمتها على دفعات متتالية تشمل كل دفعة منها أثوابا مغلفة دون فضها فى الحال للتحقق من سلامتها كما جرى بذلك العرف التجارى وأنها بادرت بإخبار المطعون عليها بظهور العيب بها بمجرد ردها من عملائها لوجود احتراق فيها .

كذلك لم يبين الحكم ما إذا كان تسلم الطاعنة الأقمشة فى الظروف سالفة الذكر فيه معنى القبول الذى يدفع مسئولية المطعون عليها عما يكون قد

٢- " العيب الخفى كما عرفته هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع ... الخ " .

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/١٥)

٣- " تخلف الصفة التى كفل البائع وجودها فى المبيع وإن لم يكن عيبا فيه - على أساس أن العيب على ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع .... الخ " .

(طعن رقم ١٠٠٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٣)

٢١٨ـ الشروط التى يجب توافرها فى العيب :

يشترط أن يتوافر فى العيب الشروط الآتية :

(أ)- أن يكون العيب قديما :

والمقصود بذلك أن يكون العيب موجودا فى المبيع وقت تسليمه للمشترى .

ظهر فيها من عيب أم غير ذلك . فضلا عن أنه أجرى على الدعوى حكم المادة ٣٢٤ من القانون المدنى - القديم- دون أن يقرر تقريرا مدعما بالأسباب المبررة أن العقد يتضمن البيع علاوة على أنه عقد استصناع اعتمادا على ما ذهب إليه خطأ من أن حكم المادة المذكورة ينطبق على عقد الاستصناع سواء أكان مختلطا أم غير مختلط بالبيع- فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون كما شابه القصور " .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١٢/١٤)

فالبائع لايضمن إلا خلو المبيع من العيوب إلى حين تسليمه[1]. فيضمن البائع خلو المبيع المعين بالذات من العيوب وقت العقد ، وهو يضمن ألا يطرأ عليه عيب بعد ذلك ما بين انعقاد العقد وتمام التسليم . أما ما يطرأ بعد ذلك من عيوب على المبيع فى يد المشترى فلا ضمان فيه على البائع .

وتنطبق القاعدة ذاتها على المبيع وضمان البائع للعبث لحين التسليم وهى قاعدة مستحدثة فى القانون المصرى وتبدو هذه القاعدة واضحة من سياق نص المادة ٤٤٧ وهى تقضى بأن البائع يكون ملزما بالضمان " إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه . أو إذا كان فى المبيع عيب ... " ويبدو أن المشرع فى التقنين الجديد أراد التسوية فى الحكم بين ضمان العيب وتبعة الهلاك [2].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٣٧- اسماعيل غانم ص ١٩٣- عبد المنعم البدراوى ص ٥٠٤- أنور سلطان ص ٣١٦ .

(٢) وكانت المادة ٣٩٧/٣٢٢ من التقنين القديم تنص على أنه : " لايكون العيب موجبا للضمان إلا إذا كان قديما . والمراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع فى المبيع إذا كان عينا معينة أو العيب الموجود فى المبيع وقت تسليمه إذا لم يكن عينا معينة " - وظاهر من هذا النص أن التقنين القديم ربط بين انتقال الملكية وضمان العيوب الخفية ، لأن الملكية فى الأشياء المعينة بالتعيين تنتقل وقت تمام العقد . وفى الأشياء

فقد رأينا أن تبعة الهلاك فى التقنين المدنى مرتبطة بالتسليم، فهى على عاتق البائع إن كان الهلاك قبل التسليم ولو بعد انتقال الملكية إلى المشترى . كذلك العيب.، على البائع ضمانه إذا ما طرأ قبل التسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت إلى المشترى بمجرد العقد فى الشئ المعين بالذات ، أو بالإفراز فى المعين بالنوع [1]. فالبائع يكون ضامنا خلو المبيع من العيوب عند إفرازه وانتقال ملكيته إلى المشترى بهذا الإفراز وضامنا أيضا ألا يطرأ عليه عيب بعد ذلك إلى حين تسليمه إذا فرض ولم يتزامن التسليم مع الإفراز .

ويكفى أن يثبت أن العيب كان موجودا فى المبيع قبل تسلمه ، وإن لم تستفحل نتائجه إلا بعد ذلك . كأن يكون الحيوان المبيع قد أصيب بجرثومة المرض وفى يد البائع وظهر المرض واستفحل

المعينة بالنوع تنتقل وقت الفرز ، والفرز يتم عادة عند التسليم . وقد سار التقنين القديم فى ذلك على منوال التقنين الفرنسى .

(١) اسماعيل غانم ص ١٩٣ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٥ ٥- عبد الناصر العطار ص ٢٤٧- وعكس ذلك منصور مصطفى منصور ص ١٦٦ فيشترط أن يكون العيب موجودا وقت البيع .

وقد أخذت بهذا الرأى مذكرة المشروع التمهيدى ، فقد جاء بها :

"١- تبين هاتان المادتان متى يوجد ضمان العيب الخفى ، فتقرر أن العيب يضمن بالشروط الآتية :

(أ) أن يكون هذا العيب موجودا وقت البيع . وهذا ما يعبر عنه عادة بالعيب القديم " مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١١٠ .

بعد ذلك ، أو كان التسويس قد بدأ فى الأخشاب المبيعة ثم انتشر بعد التسليم ، وكثيرا ما يقع هذا فى البضائع المصدرة بطريق البحر، حيث ينتشر العيب فى أثناء نقلها [١].

على أنه يجب أن يراعى مع ذلك ما نصت عليه المادة ٢١٦ مدنى من أنه : " يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أولا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه " فيما يعنى أنه إذا ما تبين أن العيب رغم وجود جرثومته فى المبيع ما كان ليصل إلى الحد الذى وصل إليه لو أن المشترى قد بذل فى حفظه بعد تسلمه عناية الرجل العادى، جاز للقاضى للقاضى أن يخفض مسئولية البائع أو أن يعفيه منها [٢].

(ب)- أن يكون العيب مؤثرا :

لايضمن البائع العيب إلا إذا كان على قدر من الجسامة والأهمية .

فالعيوب التى لاتؤثر فى المبيع إلا تأثيرا طفيفا لايضمنها البائع. ولذلك نص المشرع فى المادة ٤٤٨ على أنه : " لايضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه " .

---

(١) السنهورى ص ٧٢٣ – محمد كامل مرسى ص ٣٣٨ – عبد المنعم البدراوى ص ٥٠٥- أنور سلطان ص ٣١٦ .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٣٧٠ .

وبالرجوع إلى نص المادة ٤٤٧ يتضح أن العيب يكون مـؤثرا إما لأنه : (أ) يترتب عليه نقص فى قيمة المبيع نقصـا محسوسـا حتى ولو لم يكن ينقص من نفعه (أى حتى لو كان الشئ رغم تعيبه صالحا للاستعمال المقصود). (ب) أو لأنه يؤدى إلى نقص الانتفاع بالشئ المبيع حتى ولو لم يترتب على ذلك نقص فى قيمته بالفعل.

وقد أوضحت مذكرة المشروع التمهيدى متى يعتبر العيب مؤثرا ، والمعيار الذى يجب التزامه فى هذا الخصوص .

فقد جاء بها :

"(ب) أن يكون مؤثرا بحيث ينقص من قيمة المبيـع أو نفعـه. ويرجع فى تقدير ذلك إلى معيار مادى ، فينظر إلى قصد المتعاقدين كما هومبين فى العقد (أى إلى الإرادة الظاهرة)، وإلى طبيعة الشئ، وإلى الفرض الذى أعد له .

فيعتبر أن هناك عيبا مؤثرا إذا خلا المبيع من صفة قرر البـائع أنها موجودة فيه ، ولايعتبر العيب مؤثرا إذا كان العرف قد جـرى على التسامح فيه "[١].

ويخلص من ذلك إلى أن العيب يكون مؤثرا إذا كان من شـأنه أن يجعل المبيع غير صالح للاستعمال المعد له ، أو ينقص من هذا الاستعمال نقصا لو كان يعلم به المشترى لامتنع عن شرائه أو دفع فيه ثمنا أقل .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١١٠ .

والاستعمال الذى يترتب على فواته أو إنقاصه جعل العيب مؤثرا هو الاستعمال الذى أعد له الشئ أو المتفق مع طبيعته أو المبين فى العقد .

وعلى ذلك لايكون البائع ضامنا لوجود العيب ، إذا كان من شأنه أن يفوت على المشترى الانتفاع بالشئ انتفاعا فى وجه خاص غير الوجوه المألوفة ، إلا إذا كان المشترى قد نص على هذا الانتفاع الخاص فى العقد [١].

وإذا كان العيب مما يسهل إصلاحه ، ألزم البائع بإزالته . ولكن إذا حرم المشترى من الانتفاع بالمبيع مدة الإصلاح أو نقص انتفاعه فى هذه المدة حكم له بتعويض مقابل ذلك [٢].

(ج) أن يكون العيب خفيا :

ويكون العيب خفيا فى حالتين :

(**الحالة الأولى**) إذا لم يكن المشترى عالما به ، لأن علم المشترى بالعيب يفترض رضاه بالمبيع معيبا .

والعبرة بالعلم الحقيقى بالعيب لا العلم على سبيل الحدس (التشكيك) .

---

(١) أنور سلطان ص ٣١٧- اسماعيل غانم ص ١٩٧- محمد شكرى سرور ص٣٦٨ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٣٩ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن العلم المراد للشارع فى المادة ٣٢٤ من القانون المدنى هو العلم الحقيقى دون العلم بالتشكيك . فإذا كانت محكمة الاستئناف قد رأت مما حصلته من فهم الواقع فى الدعوى أن المشترى ما كان يعلم حقا ، عند تحريره خطابا للبائع منه يخبره بما ظهر من العيب فى البذور التى اشتراها ، أن هذه البذور معيبة بذلك العيب القديم الخفى الذى يستلزم فسخ البيع ورد الثمن وإلزام البائع بما قد يلزمه قانونا من التضمينات ، وأنه لم يعلم به إلا من تقرير خبير دعوى إثبات الحالة ، ثم قبلت المحكمة دعوى الضمان التى رفعها المشترى بعد تقديم تقرير الخبير بثلاثة أيام، ورفضت الدفع بسقوطها على اعتبار أن العلم بالعيب الذى ينم عنه خطابه الذى أرسله للبائع لم يكن علما حقيقيا ، فإنها تكون قد أصابت فى قبول الدعوى ورفض الدفع بسقوطها ".

(طعن رقم ٧٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٣/٢٨)

٢- " العلم المسقط لدعوى الضمان للعيب الخفى هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى ، ومن ثم فإن نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لايدل بذاته على علم المشترى بهذا العيب " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/٦/١٤)

٣- " العيب الخفى . ماهيته . العلم المسقط لضمان العيب العبرة فيه بالعلم الحقيقى دون العلم الافتراضى . اقرار المشترى فى عقد البيع بمعاينته للمبيع المعاينة النافية للجهالة أو قلة ثمن المبيع. عدم كفايته للدلالة عليه " .

(طعن رقم ٢٢٩٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٣/١١/١٧- غيرر منشور)

كما قضت محكمة النقض بأن :

١-(أ)- " تسلم رب العمل الشئ المصنوع لا يرفع مسئولية الصانع فى عقد الاستصناع عما يظهر فى صناعته من عيب إلا إذا كان هذا التسلم يفيد معنى القبول بغير تحفظ " .

(ب)- " تسلم رب العمل الشئ المصنوع- أثوابا من الأقمشة- على دفعات متتالية تشمل كل دفعة منها أثوابا مغلفة دون فضها فى الحال للتحقق من سلامتها . هذا التسلم يجب الرجوع فيه إلى العرف التجارى لتبين ما إذا كان يفيد معنى القبول الذى يرفع مسئولية الصانع أم لا " .

(ج) أحكام العيب الخفى التى نص " إن المادة ٢٥١[١] من القانون المدنى خاصة بحالة حصول الخطأ فى المبيع ، لا بحالة

---

(١) تقابلها الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ .

ظهور العيوب الخفية المنصوص عليها فى المواد من ٣١٣-٣٢٠ من القانون المذكور . وعلى ذلك فإن طلب الفسخ للعيب الخفى لايمنع منه أن يكون المشترى قد أقر عند تسلم المبيع أنه قد عاينه وفحصه بمعرفة أحد رجال الفن " .

(طعن رقم ٧٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢)

٢- " مجال تطبيق المادة ٤١٩ من القانون المدنى هو حالة حصول غلط فى المبيع ، أما حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ من القانون المذكور . ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفى أن يكون المشترى قد أقر عند تسلم المبيع بأنه عاينه معاينة نافية للجهالة " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/٦/١٤)

(الحالة الثانية) إذا كان المشترى لايستطيع أن يتبين العيب لو أنه فحص المبيع وقت البيع بعناية الرجل المعتاد[١] ، أو كما تقول محكمة النقض[٢] العيب يعتبر فى حكم القانون ظاهرا متى كان

---

(١) الدكتور محمد محمد فرحات خيارات البيع فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة فى المذاهب الفقهية والقانون المدنى المصرى بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول السنة (٣٦) يناير سنة ١٩٩٤ ص ١٥٣ .

(٢) طعن رقم ١٠٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/١٢/٤- منشور فيما يلى فى هذا البند .

يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن فى متنـــاول إدراك غيـــره ، فلـــيس معيار الظهور فى العيب معيارا شخصيا يتفاوت بتفاوت المســـتوى فى الأنظار المختلفة بل معيارا متعينا بذاته مقدرا بمســـتوى نظـــر الشخص الفطن المتنبه للأمور " .

وعلى ذلك إذا كان الشخص العادى يستطيع معرفـــة العيـــب ، ولكن المشترى لم يتبينه بسبب إهماله فى فحص المبيع أو إلى نقص خبرته عن الشخص العادى ، فإن العيب لا يكون خفيا .

وبالترتيب على ذلك ، فإن انغمار الأرض المبيعة بالميـــاه فـــى وقت الفيضان لايعتبر عيبا خفيا ، لأن المشترى كان يستطيع معرفة ذلك لو تحرى عنه[1]. وأن عدم وجود توقيع أو تاريخ على صورة زيتية لايعتبر عيبا خفيا ، متى كان البيع قد تم فى ظروف توافرت للمشترى فيهاً كل الإمكانيات للتأكد من ذلك [2].

ولكن يعتبر العيب خفيا إذا كان من غير الممكن للرجل العادى أن يتبينه عند فحص المبيع ، وأن الكشف عن العيب لايكون ممكنا إلا عن طريق أهل الخبرة وأرباب الفن كحفر الأساس فى المبـــانى أو كأن يكون العيب لايمكن العلم به إلا عن طريق القيـــام بـــبعض الأبحاث والتجارب العلمية كالتحليل الكيماوى وغيره مـــن طـــرق

---

(١) السين الجزئية فى ٢٠ مايو ١٩٥٩ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٤ أبريل ١٩٣٠ .

اختبار المواد، كوجود تخمر فى المواد الغذائية مثلا لايمكن معرفته إلا عن طريق التحليل أو ضعف خيوط قطنية لا يمكن تبينه إلا بعد إجراء أبحاث خاصة [١].

وقد جرى القضاء على أنه فى البيوع التى تتم بين أرباب المهنة الفنية تعتبر بعض العيوب ظاهرة ، نظرا لأن فحص هؤلاء للشئ إنما يقع على بعض الصفات الخاصة ، وأن بعض العيوب التى تُعتبر خفية على غيرهم لاتعد كذلك بالنسبة لهم [٢].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٣٢٠ من القانون المدنى تنص على أنه لا وجه لضمان البائع إذا كان العيب ظاهرا أو علم به المشترى علما حقيقيا وهذا النص صريح فى أن الضمان ، ينتفى فى حالتين كل واحدة منهما متميزة عن الأخرى فحيث يكون العيب ظاهرا كان كافيا فى نفى الضمان بلا حاجة إلى تحرى العلم الحقيقى به . والعيب يعتبر فى حكم القانون ظاهرا متى كان يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن فى متناول إدراك غيره ، فليس معيار الظهور فى العيب معيارا شخصيا يتفاوت بتفاوت المستوى فى الأنظار المختلفة بل معيارا

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٠١ ومابعدها- محمد لبيب شنب ص ٢١٣- أنور سلطان ص ١١٩ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٥٠٢ - محمد شكرى سرور ص ٣٦٣ .

متعينا بذاته مقدرا بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للأمـــور .
فإذا ما أثبت الحكم أن عدم إنبات البذور التى هى محل الدعوى إنما
يرجع إلى تسوس بعضها ، وأثبت أن المشترى وهو عمـــدة ومـــن
كبار المزارعين لا يصعب عليه كشف تسوس هـــذه البـــذور عنـــد
ورودها إليه ثم خلص من ذلك إلى القول بأن العيب كـــان ظـــاهرا
وأسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشترى فإنه لايكـــون قـــد
خالف القانون " .

(طعن رقم ١٠٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/١٢/٤)

٢- " يعتبر العيب خفيا متى كان المشترى غير عالم به وغير
مستطيع أن يعلمه ، أو إذا لم يكن من الممكن اكتشـــافه بـــالفحص
المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به بل كـــان يتطلـــب خبـــرة
خاصة وفحصا معينا ، أو كان من السهل اكتشافه بالفحص المعتـــاد
وأثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيـــب، أو
أثبت أنه تعمد اخفاء العيب غشا منه . فإذا كانت محكمة الموضوع
قد حصلت – فى استخلاص سائغ- من فهم الواقع فـــى الـــدعوى
وجود عيب خفى فى المبيع هو وقوعه داخل خط التنظيم من قبـــل
حصول البيع وأن المشتريين لم يتبينا وجود هذا العيب عند التعاقـــد
لأنه لايمكن ظهوره . بمجرد فحص المبيع ذاته وأنهما لم يكن فـــى
استطاعتهما ان يتبيناه بأنفسهما وقت الشراء لو بذلا عناية الرجـــل

المتعاد- وأنهما لو علما بهذا العيب عند التعاقد لما أقدما على الشراء وخاصة وقد أكد البائع خلو العقار المبيع من كافة الحقوق العينية ظاهرة أو مستترة – فإن ما انتهت إليه المحكمة لا مخالفة فيه للقانون " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/٦/١٤)

٣- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن العيب فى المبيع يعتبر خفيا متى كان المشترى غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به كأن يتطلب خبرة خاصة وفحصا معينا لايتوافران فى المشترى ، وكان العلم الذى ينتفى به ضمان العيب هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراض وهو ما لايكفى للدلالة عليه مجرد إقرار المشترى فى عقد البيع بمعاينته للمبيع المعاينة النافية للجهالة أو قلة ثمن المبيع " .

(طعن رقم ١٦٧٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٢/٢٩)

٤- " المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أنه يعتبر العيب خفياً متى كان المشترى غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به بأن كان يتطلب خبرة خاصة وفحصاً معيناً ".

(طعن رقم ٧٩٦٤ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٩)

٥- " مفاد نص المادة ٤٤٧ من القانون المدنى أنه يتعين لكى تقوم مسئولية البائع عن ضمان العيوب الخفية فى المبيع أن تكون هذه العيوب كامنة فى مادة الشئ المبيع ذاته وموجودة فيه وقت أن تسلم المشترى المبيع من البائع وأن تنقص من قيمته بحسب الغرض الذى أعد له كما يلزم أن تكون خفية وهى تكون كذلك كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ المشار إليها إذا أثبت المشترى أنه كان لايستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى، ما لم يكن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو تعمد إخفاءه غشاً منه " .

(طعن رقم ٦٨٢٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٤/٢٧)

٢١٩- إثبات شروط العيب الخفى :

يقع عبء إثبات توافر شروط العيب الخفىعلى عاتق المشترى. ويستطيع البائع – فى سبيل التخلص من الضمان- إذا أثبت المشترى توافر شروط العيب ، أن يثبت أن المشترى كان على علم بالعيب رغم خفائه .

وتقدير ما إذا كان العيب خافيا أو ظاهرا مؤثرا أو غير مؤثر ، علم به المشترى أو لم يعلم موجودا قبل التسليم أو بعده ، متروك لقاضى الموضوع ولا رقابة عليه لمحكمة النقض ، لتعلق ذلك كله بالواقع لا بالقانون [1].

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٧٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مادام الحكم قد انتهى إلى أن العيب الذى لحق المبيع كان خفيا فإنه إذ ألقى على البائع عبء إثبات,أن المشترى كان يعلـم وقـت استلام المبيع بهذا العيب وأجاز له إثبات ذلك بكافة الطرق وإذ ألزم البائع بضمان هذا العيب بعد أن عجز عن إثبات هذا العلـم ، فـإن الحكم لايكون مخالفا للقانون ذلك أنه متى كان العيب خفيا فيفترض أن المشترى لا يعلم به فإذا أراد البائع التخلص من الضمان فعليـه هو عبء إثبات أن المشترى كان يعلم بالعيب وقت تسليم المبيع".

(طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٠)

٢٢٠- عدم تأثير علم البائع بالعيب فى ثبوت الضمان :

علم البائع بالعيب لا يؤثر فى ثبوت الضمان ، فالبائع يضـمن العيب سواء أكان عالما به أم كان غير عالم ، مادامـت الشـروط الواجب توافرها لضمان العيب موجودة [١].

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده "[٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٤٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١١٢ .

٢٢١- حالتان يضمن فيهما البائع العيب ولو كان ظاهرا :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة تنص على أن البائع لايضمن العيوب التيكان يستطيع المشترى أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى . إلا أنها أردفت استثنائين على هذه القاعدة ، يلتزم فيهما البائع بالضمان رغم أن المشترى كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه ، وهما :

١-أن يثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب. لأن المشترى يكون قد اطمأن إلى تأكيد البائع ، وليس للبائع أن يلومه إذا لم يقم بفحص المبيع اعتمادا على هذا التأكيد .

٢- إذا أثبت المشترى أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه. وقد أراد المشرع بذلك أن يحرم البائع من الاستفادة من غشه ، ولو كان المشترى قد أهمل فى فحص المبيع ، أى حتى ولو لم يكن هذا الغش كافيا لكى يمنع تبين العيب، لو أن المشترى فحص المبيع بعناية الرجل العادى . ومثل ذلك طلاء شرخ فى المنزل المبيع دون إصلاحه أو لحام كسر فى آلة وطلائها.

ففى الحالتين أخطأ البائع وكان خطأه مما يثنى المشترى عادة عن فحص المبيع أو كان من شأن ذلك أن يتطلب منه فحصا غير عادى للمبيع لاكتشاف العيب فيضمن البائع هذا العيب ولو كان ظاهرا [1].

---

(١) عبد الناصر العطار ص ٢٥٠ .

ويجب أن يلاحظ أن البائع لايضمن العيب فى هاتين الحالتين إلا إذا توافرت الشروط الأخرى التى يتطلبها القانون ومن بينها ألا يكون المشترى قد علم فعلا بالعيب وقت العقد رغم تأكيد البائع أو غشه[1] .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" .. وقرر أن تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب أو تعمده إخفاءه يجعله ضامنا للعيب حتى لو لم يكن خفيا مادام المشترى لايعلمه "[2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كان الأصل أن البائع لايضمن العيب إلا إذا كان خفيا إلا أن المشرع استثناء من هذه القاعدة يجعل البائع ضامنا ولو كان العيب ظاهرا إذا أثبت المشترى أن البائع أكد له خلو العين المبيعة من العيب ".

(طعن رقم ٥١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/٢٦) [3]

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٩٥ – محمد شكرى سلامه ص ٣٦٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١١١ .

(٣) **كما قضى ذات الحكم بأن :**

" متى تضمنت الدعوى المطالبة بتعويض على أساس التزام البائع المدعى عليه بضمان العيب الخفى الذى وجد بالماكينة المبيعة فإنها لاتكون من الدعاوى التى ترفع بالطريق المرسوم لأوامر الأداء " .

(راجع أيضا طعن رقم ٦٨٢٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٤/٢٧ المنشور سلفا فى هذا البند) .

٢٢٢- التزام البائع بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه :

كان التقنين المدنى القديم يقصر الضمان على العيوب بالمفهوم الذى أوضحناه سلفا ، وهو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع. أما التقنين المدنى الجديد فقد توسع فى مفهوم العيب، وألحق بالعيب بالمعنى السابق ، حالة ما إذا تخلفت فى المبيع صفة يكون البائع قد كفل للمشترى وجودها فيه والتى لايعتبر مجرد تخلفها آفة طارئة أو عيبا .

ومن أمثلة هذه الصفات المكفولة التى يلحق تخلفها بضمان العيب، أن يكفل بائع سيارة معينة للمشترى أنها تقطع مائتى كيلو مترا على الأقل بصفيحة البنزين فيظهر أنها لاتقطع بها أكثر من مائة وخمسين كيلو مترا ، أو أن يكفل بائع قطعة أرض للمشترى تميزها بدرجة خصوبة خاصة فيتضح أنها مجرد أرض عادية، أو يكفل بائع حصان للمشترى أنه من سلالة معينة فيتبين بعد ذلك أنه ليس من هذه السلالة . أو يكفل بائع عقار للمشترى إغلال المبيع قدرا معينا من الريع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ضمان البائع للمشترى إغلال العقار المبيع قدرا معينا من الريع يعتبر كفالة من المشترى لصفة فى المبيع مما تعنيه المادة ٤٤٧ من القانون المدنى بقولها " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه " . وتخلف الصفة التى كفل البائع وجودها فى المبيع وإن لم يكن عيبا فى المبيع بمعناه التقليدى الدقيق لأن العيب الخفى كما عرفته هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع ، إلا أنه وقد ألحق المشرع حالة تخلف الصفة بالعيب الخفى وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان ، فإن رجوع المشترى على البائع فى حالة تخلف صفة فى المبيع كفل له البائع وجودها فيه إنما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية ، ولايكون للمشترى أن يرجع على البائع على أساس أنه قد أخل بالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان ، وإذا كان القانون قد اشترط فى العيب الذى يضمنه البائع أن يكون مؤثرا وخفيا إلا أنه لم يشترط ذلك فى حالة تخلف الصفة التى كفل البائع للمشترى وجودها فى المبيع فمجرد ثبوت عدم توافر هذه الصفة فى المبيع وقت التسليم موجب لضمان البائع متى قام المشترى باخطاره وذلك أيا كانت أهمية الصفة التى تخلفت وسواء كان المشترى يعلم

بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم ، يستطيع أن يتبينها أو لا يستطيع لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه برفض دعوى المشترية (طلب تخفيض ثمن العقار المبيع بنسبة ما طرأ على إيجاره من تخفيض) على أنه كان فى استطاعتها التحقق من حقيقة أجرة العقار المبيع مما اعتبر معه العيب غير خفى فلا تضمنه البائعة ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه ، وإذ كان خطؤه هذا قد حجبه عما دفعت به المطعون ضدها (البائعة) من سقوط حق الطاعنة (المشترية) فى الرجوع عليها بالضمان طبقا للمادة ٤٥٢ من القانون المدنى وما أبدته الطاعنة من رد على هذا الدفع فإنه يتعين إعادة القضية إلى محكمة الموضوع ".

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/١٥)

٢- " طبقا للفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ من القانون المدنى يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم تتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه ، وإذا كان الثابت أن الطاعن قد ضمن للمشترى فى عقد البيع إغلال العقار قدرا معينا من الريع فإن التزامه هذا يعتبر كفالة منه لصفة فى المبيع يسأل عن تخلفها طبقا لحكم الفقرة المشار إليها سواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيع أو لايعلم ، يستطيع أن يتبينها أو لا يستطيع " .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣)

٣- " ضمان البائع للمشترى إغلال العقار المبيع قدرا معينا من الريع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يعتبر كفالـــة مـــن المشترى لصفة فى المبيع مما تعنيه' المادة ٤٤٧ من القانون المدنى بقولها يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيـــع وقـــت التسلم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه وإذ كـــان البـــائع - مورث الطاعنين- قد ضمن إغلال الدور الأول من العقار المبيـــع قدرا معينا من الريع وقد روعى هذا التقدير فى تحديد الـــثمن فـــإن تخلف هذه الصفة فى البيع يوجب إلزام البائع بالضمان " .

(طعن رقم ٦٠٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)

ويلاحظ فى هذا الصدد ما يأتى :

(أ) أن الفرض فى الصفات المكفولة التى ألحق المشرع تخلفها بالعيب بالمعنى التقليدى ، أنها صفة خاصة فى المبيع تجعله متميزا عما يكون عليه فى العادة . ولهذا السبب فإن تخلف الصفة لايعنـــى أن المبيع يكون معيبا ، وإنما هو فقط مبيع فات وصـــفه المتميـــز. ويكون البائع ملزما بالضمان على هذا الأســـاس. أمـــا إذا كانـــت الصفات المكفولة مما يتوافر فى مثل المبيع عادة فإنها تكون جـــزءا من فطرته السليمة ويكون تخلفها عيبا بالمعنى التقليـــدى الـــدقيق . ومع ذلك فلا يصح الاعتقاد بأن كفالة مثل هذه الصفة تكون لغـــوا من حيث لاتضيف جديدا فى حماية المشترى لما يكفله القانون مـــن

خلو المبيع من العيب ، لأنه متى تخلفت الصفة المكفولة أيا كانت أهمية هذه الصفة فإن البائع يكون ملزما بالضمان تلقائيا أى دون ما حاجة إلى إثبات توافر الشروط التى يستلزمها القانون لضمان العيب الخفى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " المشرع وإن كان قد ألحق حالة تخلف الصفة التى كفلها البائع للمشترى بالعيب الخفى ، إلا أنه لم يشترط فى حالة فوات الصفة ما اشترطه فى العيب الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثرا وخفيا بل إنه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجبا لضمان البائع متى قام المشترى بإخطاره ، سواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيع أو كان لا يعلم ، وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها أو كان لايستطيع . ولما كان الحكم المطعون فيه لم يعرض لأمر تحقق الصفة فى الحدود السالف ذكرها وجرى على أن عدم توفر هذه الصفة عيب فى المبيع يشترط فيه ليوجب مسئولية البائعة توافر الخفاء ، فإنه يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ١٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٩)

٢- " جرى قضاء هذه المحكمة على أن المشرع وإن كان قد ألحق حالة تخلف الصفة التى كفلها البائع للمشترى بالعيب الخفى

وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان إلا أنه لم يشترط فى حالة تخلف الصفة ما اشترطه فى العيب الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثرا وخفيا إذ جعل مجرد عدم توافر الصفة فى المبيع وقت التسليم موجبا لضمان البائع متىقام المشترى بإخطاره ، سواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم ، وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها أو لايستطيع " .

(طعن رقم ٦٠٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)

(ب)- " أن الصفات المكفولة بالمعنى السابق تحديده ، تختلف عن الصفات التى يكون ذكرها فى العقد أمرا ضروريا لتعيين المبيع لكونه من المثليات ، كأن يذكر أحد زبائن محل لبيع الأثاث أوصاف الكراسى المشتراه من حيث نوع خشبها ونوع كسوة قماشها ... الخ . فمثل هذه الأوصاف مقصود بها تعيين المبيع. ويكون ذكرها فى العقد لازما لهذا السبب ، ويكون تسليم المبيع غير مطابق لهذه الأوصاف إخلالا من جانب البائع بالتزامه بالتسليم لا إخلالا من جانبه بالتزامه بالضمان ، على ما بين النظامين من فروق فى الأحكام .

(ج) أنه إذا لم يكن البائع قد كفل للمشترى صفة معينة فى المبيع ولكن هذا هو الذى توهم فى المبيع – عند إبرام العقد- صفة خاصة ليست فيه فى الحقيقة ، فإنه إن جاز للمشترى أن يرجع على

البائع فى مثل هذا الفرض فلن يكون رجوعه عليه على أساس ضمان العيوب وإنما سيكون على أساس الإبطال للغلط إن توافرت شروطه ، وبأحكام هذا الإبطال ، وهى شروط وأحكام تختلف عن شروط وأحكام الرجوع بضمان العيب [١].

٢٢٣ـ رجوع المشترى على أساس تخلف الصفة يكون بدعوى ضمان العيب :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تخلف الصفة التى كفل البائع وجودها فى المبيع وإن لم يكن عيبا فيه- على أساس أن العيب على ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع- إلا أنه وقد ألحقه المشرع بالعيب الخفى وأجرى عليه أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان فإن رجوع المشترى على البائع فى حالة تخلف صفة فى المبيع كفل له البائع وجودها فيه أن يكون بدعوى ضمان العيوب ولا يكون للمشترى أن يرجع على البائع على أساس أنه أخل بالتزام آخر مستقل عن التزاماته بالضمان وينبنى على ذلك أنه إذا- خالفت المطعون ضدها التزامها بتوريد مجموعة توليد كهرباء جديدة وقامت بتوريد مجموعة قديمة فسبيل الطاعنة للتمسك

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٥٨ ومابعدها .

بهذه المخالفة وإثباتها يكون وفقا لما نص القانون المدنى فى المـــادة ٤٤٧ ومابعدها ذلك بأن المشرع ألحق بالعيب الخفى حالة تخلــف صفة كفل البائع وجودها فى المبيع بما مؤداه التزام الطاعنة بإخطار المطعون ضدها فى الميعاد الذى حدده القانون بتخلف صفة الجـدة فى آلة توليد الكهرباء التى وردتها المطعون ضدها وإلا سقط حقها فى التمسك بأن الآلة قديمة وليست جديدة ولا يكون لهـــا التشــبث بمخالفة العقد فى هذا الخصوص للامتناع عن سداد بـــاقى الـــثمن ولايشفع لها فى ذلك عدم توريد قطع الغيار طالمـــا وافقــت علــى خصم قيمتها من الثمن " .

(طعن رقم ١٠٠٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٣)

مــادة (٤٤٨)

لايضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه .

الشرح

٢٢٤ـ عدم ضمان العيب الذى جـرى العرف علـى التسـامح فيه:

تنص المادة على أنه لايضمن البائع عيبا جرى العــرف علــى التسامح فيه على اعتبار أن جريان العرف على التسامح فى العيب دليل على أنه غير مؤثر [١]. ومثال ذلك ما جرى به العرفُ مــن التسامح فى بعض عيوب القمح من ناحية اشتماله على كمية قليلــه من الأتربة ، وفى بعض عيوب القطن إذ للقطن مرتبات متدرجــة كل مرتبة منها يحددها العرف فمتى استوفى القطن شروط المرتبــة التى ينتمى إليها فوجود عيب فيه لا يخل بشروط هذه المرتبة يكون متسامحا فيه عرفا ولا يوجب الضمان [٢].

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ولايعتبر العيب مؤثرا إذا كان العرف قــد جــرى علــى التسامح فيه "[٣].

---

(١) خميس خضر ص ٢٥٧- أنور طلبه ص ٥٧٤ .

(٢) السنهورى ص ٧٢١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ١١٠ .

غير أنه يجب أن يقيد من إطلاق هذا النص ، فقد يكون العرف قد جرى على التسامح فى عيب معين . ولكن من شأن هذا العيب أن ينقص من منفعة المبيع بحسب الغاية الخاصة التى قصدها المشترى . فيكون له الرجوع بالضمان على البائع إذا كانت هذه الغاية قد بينت فى العقد ، فكان البائع على علم بها . إذ من الواضح فى هذه الحالة أن هناك اتفاقا على تشديد الضمان ، ولو لم يتضمن العقد شرطا صريحا بتشديد الضمان (١).

كما أن البائع يضمن العيب الذى جرى العرف على التسامح فيه إذا اشترط المشترى ذلك .

٢٢٥- المقصود بالعرف :

يقصد بالعرف القواعد التى تعارف الناس على احترامها فى معاملاتهم دون أن يتضمنها نص تشريعى أو اتفاق . ويجرى عليها سلوكهم ويستقر على اتباعها ، بحيث تعتبر فى نظر الجماعة قاعدة ملزمة ضمنا ولو لم يتفق صراحة على الالتزام بها (٢).

٢٢٦- إثبات العرف :

يقع عبء إثبات وجود العرف على من يريد الاستناد إليه. ويجوز إثبات وجود العرف بكافة طرق الإثبات القانونية .

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٩٦ ومابعدها .

(٢) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الأول طبعة ٢٠٠٣/٢٠٠٢ ص ٤٣ .

ويكون إثبات العرف عادة بشهادة تصدر من الغرف أو المؤسسات التجارية ، أو من خبير فى المعاملة التجارية التى استقر العرف فى شأنها . كما يثبت وجود العرف فى دولة أجنبية عن طريق تقديم شهادة بذلك من قنصلياتها فى الخارج .

وليس لهذه الشهادات إلا حجية نسبية أمام القضاء ، فللمحاكم أن تهملها وتكون اقتناعها بوجود أو بعدم وجود العرف بالاستناد إلى رأى خبير أو باستشارة هيئة موثوق بها .

والتحقق من قيام العرف متروك لقاضى الموضوع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التحقق من قيام العرف متروك لقاضى الموضوع . وإذ كان الحكم قد نفى وجوده بأسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الصدد لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا مما لاتجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٥٧٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٢٢)

ويذهب الرأى الراجح إلى أن للقاضى أن يطبق العرف المستقر متى كان عالما به ولو لم يستند إليه الخصوم ، خاصة أن هناك من يذهب إلى افتراض علم الكافة بالعرف كما هو الشأن فى القانون ومن ثم لا حاجة لإثباته إذ يفترض علم القاضى به [١].

---

(١) راجع مؤلفنا المشار إليه ص ٤٨ ومابعدها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على وجود عرف يقضى بأن يكون تاريخ استحقاق الأجرة سابقا على تاريخ انتهاء الإيجار دون أن تتثبت المحكمة من قيام ذلك العرف أو تبين مصدره وذلك على الرغم من تمسك الطاعن بوجود عرف يقضى باستحقاق الأجرة عند انتهاء الإيجار وبعد جمع المحصول فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا مما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٤/١)

٢٢٧ـ لايجوز التحدى بوجود العرف لأول مرة أمام محكمة النقض :

إذا لم يتمسك الخصم أمام محكمة الموضوع بوجود عرف فى مسألة معينة ، فلا يجوز له التمسك بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان المطعون ضده لم يدع أمام محكمة الموضوع بوجود عرف تجارى يقضى بسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بالدين الأصلى فإنه لايجوز له أن يتحدى بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٦)

٢- " لما كان ما يثيره الطاعن من أن العرف جرى علي قيام الجهات الإدارية بمثل التسهيلات الواردة بسببى النعى عـــار مـــن الدليل لعدم تقديمه دليلا على قيام هذا العرف ولعدم إشارة الخبيـــر إليه في تقريره كما لم يرد فى مدونات الحكم المطعون فيه ما يـــدل على أن الطاعن سبق له التمسك به أمام محكمـــة الموضـــوع فـــلا يجوز عرضه لأول مرة أمام هذه المحكمة " .

(طعن رقم ٨١١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٦)

مــادة (٤٤٩)

١- إذا تسلم المشترى المبيع ، وجب عليه التحقق من حالتــه بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقا للمألوف فى التعامل ، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة فإن لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع .

٢- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى ، وجب عليه أن يخطــر بــه البــائع بمجــرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب .

الشــرح

٢٢٨- واجب المشترى فى فحص المبيع وإخطار البائع :

يفرق النص فى واجب المشترى فى فحص المبيــع وإخطــار البائع بوجود عيب فيه بين حالتين :

الحالة الأولى:

العيب الذى يمكن كشفه بالفحص العادى :

إذا كان فحص المبيع والوقوف على ما به من عيوب مما يمكن أن يتم بالفحص المعتاد أى الذى يقوم به المشترى عندما يتسلم الشئ المبيع . وهذا الفحص هو عادة أكثر دقة من الفحص الذى يجريــه المشترى عند الشراء .

والتسليم المقصود هنا هو التسليم الفعلى الذى ينتقل به المبيــع إلى حوزة المشترى ، فهذا النوع من الاستلام هو وحده الذى يمكن

المشترى من فحص المبيع ، فلا يكفى إذن لبدء احتساب مدة الفحص مجرد التسليم القانونى الذى يتم بمجرد وضع المبيع تحت تصرف المشترى وإعلامه بذلك ، مادام أنه لم يتسلمه بالفعل(١)، كما لايكفى التسليم الحكمى (٢).

فإذا كشف هذا الفحص عن عيب فى المبيع ، وجب على المشترى أن يخطر به البائع خلال مدة معقولة ، أى بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف فى التعامل .

فإذا اشترى شخص قماشا من تاجر ، فالغالب أن يكون هذا القماش مطويا ، فإذا كان فيه عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر ، لم يعتبر المشترى راضيا به بمجرد تسلمه القماش المطوى ، وإنما يكون ذلك إذا ذهب بالقماش إلى منزله أو إلى متجره ، وفى خلال المدة المألوفة فى التعامل نشر القماش المطوى وفحصه فلم يجد به عيبا أو وجد به عيبا عن طريق الفحص المعتاد ، فسكت ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة (٣).

---

(١) السنهورى ص ٧٣٧ - محمد شكرى سرور ص ٣٧٣- منصور مصطفى منصور ص ٢٠٤ - خميس خضر ص ٢٦٢ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٢٢٦ .

(٣) السنهورى ص ٧٣٦ .

وتقدير معقولية المدة من المسائل الموضوعية التى يستقل بهـا قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض ، فإذا لم يقـم المشترى بفحص المبيع ، أو فحص المبيع وتكشف له العيـب ثـم تهاون فى إخطار البائع ، فإنه يعتبر قابلا للمبيع بحالته ، ولا يجوز له بعد ذلك الرجوع بضمان العيب على البائع .

الحالة الثانية :

العيب الذى لايمكن كشفه بالفحص العادى :

إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد، الذى يقوم به المشترى ، وإنما يحتاج على خبرة فنية أو تحليلات معينة، فالمشترى لايكون مسئولا عن عدم ظهور العيب عن طريق الفحص المعتاد . وإنما له أن يعرض المبيع على خبير ، فإذا وجد به عيبـا كان عليه إخطار البائع خلال مدة معقولة .

والكشف عن العيب الذى من شأنه أن يسقط حق المشترى فى الضمان إذا لم يبادر إلى إخطار البائع هو الكشف الذى يترتب عليه علم المشترى بالعيب علما يقينيا لا علما مبنيا على الظن [١].

(راجع نقض طعن رقم ٧٦ لسنة ٧٤ ق جلسة ١٩٣٥/٣/٢٨- طعن رقم ٩٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١٢/٢٤)

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥١٩ .

وإذا احتاج كشف العيب إلى مدة طويلة فإن واجبه فى الإخطار وفى الرجوع على البائع يبقى قائما إلى حين انقضاء مدة تقادم دعوى الضمان ، طالما لم ينكشف العيب قبلها [(١)].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- إذا تسلم المشترى المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف فى التعامل . فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به فى خلال مدة معقولة فإن لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع .

٢- أما إذا كان العيب مما لايمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره وإلا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب " [(٢)].

ويلاحظ أنه فى الحالتين السابقتين لايعتبر المشترى راضيا بالعيب الذى وجده فى المبيع عندما لا يتم الإخطار فى مدة معقولة إذا كان البائع سئ النية أى يعلم بوجود العيب وأخفاه عمدا عن المشترى غشا منه ، فإن الضمان يكون واجبا فى هذه الحالة على البائع حتى لو اشترط عدم الضمان (م٤٥٣ مدنى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص فى المادة ٤٤٩ من القانون المدنى على أنه "(١) إذا تسلم المشترى المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٧٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١١٦ ومابعدها .

يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف فى التعامل، فإذا كشف عيباً يضـــمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فإن لــم يفعــل اعتبر قابلاً للمبيع .(٢) أما إذا كان العيب مما لايمكن الكشف عنـــه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى وجب عليه أن يخطر به البـــائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيـــب " يـــدل على أن المشرع يفرق - بموجب هذا النص- بين حالتين، أولاهما حالة ما إذا كان العيب مما يمكن كشفه بالفحص المعتـــاد وعندئـــذ يتعين على المشترى فور تسلمه المبيع أن يقـــوم بفحصـــه ، فـــإن اكتشف العيب وجب عليه إخطار البائع به خـــلال مـــدة معقولـــة ، ويعتبر قابلاً للمبيع بحالته ويسقط حقه فى الضمان - ولو لم تكـــن مدة تقادم دعوى الضمان قد انقضت - إذا لم يخطر البائع بالعيـــب فى خلال المدة المشار إليها ، أو أهمل فى فحص المبيع ، والحالـــة الثانية إذا كان العيب مما لايمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد فـــلا يسقط حق المشترى فى الضمان لعدم إجراء الفحـــص المعتـــاد أو لمجرد عدم كشف مثل هذا الفحص عن العيب وبالتالى لايسقط هذا الحق بعدم قيام المشترى بالإخطار بالعيب وإنما يبقى للأخير حقـــه فى الضمان طوال المدة اللازمة لإجراء الفحـــص الفنـــى بحســـب المألوف فى التعامل ، فإن أسفر هذا الفحص عـــن وجـــود العيـــب وجب على المشترى أن يخطر به البائع بمجرد ظهـــوره وإلا عـــد

قابلاً للمبيع بحالته وسقط حقه فى الضمان ولو لم تكن مـــدة تقـــادم دعوى الضمان قد انقضت " .

(طعن رقم ٤٨٩٩ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧)

٢- " لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضـــاءه- فى دعوى بطلان عقد البيع- بسقوط حق الطاعن فى طلب الضمان، على أنه على الرغم من أن الأخير قد قرن علمه بالعيب الخفى فى العقار المبيع بتاريخ صدور القرار الهندسى فـــى ١٩٩٣/١/٥ فلـــم يثبت قيامه بإخطار المطعون ضدها- البائعة- بالعيـــب بعـــد هـــذا التاريخ مما يستفاد منه أنه قبل المبيع بما فيه من عيب ويسقط حقه فى الضمان ، وكان هذا الذى أورده الحكم وأقام عليه قضـــاءه لـــه معينة من الأوراق ، فإن الحكم بذلك يكون قد طبق القـــانون علـــى وجهه الصحيح أخذا بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٤٩ من القانون المدنى ، ومتى كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بعدم رده على ما تمسك به الطاعن من رفعه الدعوى خلال سنة يكون واردا على غير محل من قضاء الحكم ".

(طعن رقم ٤٨٩٩ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧)

٢٢٩- هل يلزم فى الإخطار شكل معين ؟

لايلزم فى إخطار المشترى للبائع بوجود عيب فى المبيع شكل خاص ، فيجوز أن يتم بإعلان على يد محضر أو بخطاب مســجل أو غير مسجل أو ببرقية أو بالفاكس أو حتى شفاهة .

غير أنه يجب على المشترى إثبات حصوله .

مادة (٤٥٠)

إذا أخطر المشترى البائع بالعيب فى الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤٤٤.

الشرح

٢٣٠- وجوب إخطار البائع بالعيب قبل الرجوع بالضمان :

إذا أخطر المشترى البائع بالعيب الذى اكتشفه بالمبيع فى الوقت الملائم- بالتفصيل الذى ذكرناه فى شرح المادة السابقة- كان له الرجوع بالضمان على البائع .

أما إذا لم يقم المشترى بهذا الإخطار أو قام به فى غير الوقت الملائم ، سقط حقه فى الرجوع بالضمان .

٢٣١- ما يرجع به المشترى فى دعوى الضمان :

لم ير المشرع داعيا لوضع أحكام خاصة للرجوع بالضمان فى حالة وجود العيب وإخطار المشترى البائع به فى الوقت الملائم ، تختلف عن أحكام ضمان الاستحقاق لأن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة فى القواعد العامة . ولهذا نص فى المادة ٤٥٠ على أنه : " إذا أخطر المشترى البائع بالعيب فى الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤٤٤ " .

وقد عرضنا من قبل لحكم هذا النص وهو خاص بالاستحقاق الجزئى .

ولهذا يجب عند تحديد ما يرجع به المشترى فى دعوى الضمان بين حالتين :

(أ) حالة العيب الجسيم :

إذا كان العيب جسيما بحيث لو أن المشترى كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء ميكون مخيرا بين رد المبيع المعيب وما أفاده منه إلى البائع وبين المطالبة بالمبالغ التى كان يطالب بها فى حالة الاستحقاق الكلى وفقا للمادة (٤٤٣) .

وكذلك الفوائد القانونية عن المبلغ الذى يمثل هذه القيمة من ذلك الوقت ، كما له أن يطالب بمصروفات دعوى الضمان ، وكذلك المصروفات الضرورية والنافعة التى أنفقها على المبيع قبل ظهور العيب أو بعده ، والمصروفات الكمالية أيضا إذا كان البائع سئ النية بأن كان يعلم بالعيب عند تسليم المبيع . وبوجه عام له أن يطالب بتعويضه عن كل مالحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب وجود العيب ، وبين أن يستبقى المبيع ويكتفى بمطالبة البائع بتعويض الضرر الفعلى الذى أصابه من ظهور العيب ولايخل كل ما تقدم بداهة ، بحقوق المشترى التى يستمدها من القواعد العامة، وهى حقه فى طلب التنفيذ العينى بإصلاح العيب إن كان ذلك ممكنا أو استبدال شئ آخر سليم بالمبيع ، على نفقة البائع، والمفروض فيما تقدم أن المشترى يرجع على البائع بدعوى الضمان. أما إن

كان يرجع عليه بدعوى الفسخ – وله ذلك- فلن يكون له فى هذه الحالة أن يسترد قيمة المبيع وقت ظهور العيب ، وإنما يسترد فقط الثمن الذى دفعه مع التعويض [١].

(ب) حالة العيب غير الجسيم :

إذا كان العيب غير جسيم ، فلا يكون للمشترى أن يرد المبيع ، بل يكون له مطالبة البائع بتعويض عما أصابه من ضرر عن العيب وبالفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمته معيبا وبمصاريف دعوى الضمان إذا اضطره البائع لرفعها .

ولايخل ذلك بحق المشترى فى أن يطالب – طبقا للقواعد العامة- بتنفيذ الالتزام بالضمان تنفيذا عينيا وذلك بإصلاح العيب إن كان مما يقبل الإصلاح .

وإذا كان المبيع قابلا للتبعيض فللمشترى رد البعض المعيب أو إبقائه مع التعويض ، إلا إذا كان القدر المعيب هو الغالب فى الصفقة فله رده بأكمله والرجوع بالضمان ، وإذا كان المبيع معينا بنوعه جاز للمشترى المطالبة بالتنفيذ العينى بالنسبة للبعض المعيب بتسليم وحدات سليمة [٢].

(راجع فى التفضيل شرح هذه المادة ٤٤٤) .

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٧٧ ومابعدها- عبد المنعم البدراوى ص ٥٢٢ ومابعدها .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٥٨٠ – عبد المنعم البدراوى ص ٥٢٣ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا تم إخطار البائع بالعيب فى الوقت الملائم طبقا للقواعد المتقدمة ، وجب الضمان . وقد تكفلت المواد ٣١٤-٣١٥/٣٨٨-٣٨٩ و ٣١٨ – ٣١٩ /٣٩٣- ٣٩٤ من التقنين الحالى ببيان ما يرجع به المشترى على البائع . وتميز هذه النصوص بين ما إذا كان العيب جسيما بحيث لو كان المشترى قد عرفه لامتنع عن الشراء فيكون مخيرا بين الفسخ أو إبقاء المبيع مع إنقاص الثمن ما لم يكن البائع حسن النية فلا يكون للمشترى إلا الفسخ ، وما إذا كان العيب غير جسيم فلا يكون للمشترى إلا إنقاص الثمن . وعند حساب ما ينقص من الثمن فى الحالات التى يجوز فيها ذلك ، تعتبر قيمة المبيع خاليا من العيب وقيمته معيبا ، وينقص الثمن المتفق عليه بهذه النسبة . أما المشروع فلم ير داعيا لتعدد الأحكام فى ضمان الاستحقاق وفى ضمان العيب ، فإن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة فى القواعد العامة .

فالواجب إذن فى ضمان العيب تطبيق ما تقرر فى ضمان الاستحقاق ، ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسيم يكون المشترى مخيرا فيه بين الفسخ أو إبقاء المبيع مع التعويض عن العيب طبقا لما تقضى به القواعد العامة ، فيعوض المشترى ما أصابه من خسارة ومافاته من كسب بسبب العيب. وإذا لم يكن العيب جسيما ،

فلا يكون للمشترى إلا التعويض ، ويزيد التعويض أو ينقص تبعـــا لما إذا كان البائع سئ النية أى يعلم بالعيب، أو حسن النية أى لايعلم به، ففى الحالة الأولى يعوض عن الضرر المباشر حتى لو لم يكـــن متوقعا ، وفى الحالة الثانية لايعوض إلا عـــن الضـــرر المباشـــر المتوقع ... الخ "[1].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٢٣ ومابعدها .

مـادة (٤٥١)

تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان .

الشـرح

٢٣٢- عدم انقضاء دعوى الضمان بهلاك المبيع :

القاعدة أن هلاك المبيع فى يد المشترى لا يؤثر فـى دعـوى الضمان، أيا كان سبب الهلاك ، إذ تبقـى الحقـوق التـى تثبـت للمشترى بظهور العيب الموجب للضمان طبقا للقواعد المتقدمة .

ولكن إذا كانت دعوى الضمان تظل قائمة أيا كان سبب هـلاك المبيع ، **إلا أن حقوق المشترى فى هذه الدعوى تتـأثر بـاختلاف هذه الأسباب ، على النحو التالى :**

١- إذا كان هلاك المبيع بسبب العيب ذاته أو بفعل البائع نفسه أو بسبب أجنبى ، كان للمشترى أن يرجع على البـائع بـالتعويض كاملا كما فى حالة الاستحقاق الكلى ، على أن يرد إليه ما يمكن أن يكون قد بقى من المبيع .

فإذا كان المبيع منزلا وكان أساس المنزل واهيا فتهـدم ، فإنـه يرد إلى البائع الأرض والأنقاض [١].

٢- إذا كان الهلاك قد حدث بفعل المشترى ، فإنـه لايسـتطيع الرجوع بتعويض كامل ،إذ تعذر عليه رد المبيع بسبب يرجع إلـى

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٥١- السنهورى ص ٧٤٤ ومابعدها .

فعله ، ومن ثم وجب أن يكتفى بمطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب على النحو المبين فى حالة استبقائه المبيع[١].

٢- إذا كان الهلاك قد حدث بسبب لا يسأل عنه البائع ، كفعل الغير أو قوة قاهرة فتبقى أيضا دعوى الضمان ويرجع المشترى بما كان يستطيع أن يرجع به على فرض استبقائه المبيع إذ الفرض أنه لايستطيع أن يرده إليه معيبا . وعلى ذلك تقدر الأضرار التى لحقت المشترى بسبب العيب على فرض وجود المبيع ويقتصر التزام البائع على التعويض عن هذه الأضرار لأنه لايتحمل نتائج القوة القاهرة . ويسرى نفس الحكم إذا كان الهلاك بفعل المشترى فيجب ألا يستفيد البائع من هلاك المبيع فيرجع عليه المشترى كما لو كان المبيع لم يهلك واستبقاه . إذ الفرض أنه لايستطيع أن يرده إليه معيبا . وعلى ذلك تقدر الأضرار التى لحقت المشترى بسبب العيب على فرض وجود المبيع ويقتصر التزام البائع على التعويض عن هذه الأضرار [٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٥١- السنهورى ص ٧٤٤ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٥٢٥ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٢٠٧ ومابعدها – خميس خضر ص ٢٦٤- محمد شكرى سرور ص ٣٨٠ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولم ير المشروع أن ينقل ما قرره التقنين الحالى بشأن ظهور عيب بالمبيع قبل التسليم أو بعده .... واكتفى بأن قرر أن دعـوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدرا (م٥٧ من المشروع) ، حتى تنتفى الشبهة فى أن هلاك المبيـع قـد يسقط دعوى الضمان "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٢٤ .

مــادة (٤٥٢)

١- تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقــت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشترى العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢- على أنه لايجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه .

الشــــرح

٢٣٣- تقادم دعوى ضمان العيب الخفى :

تقضى المادة ١/٤٥٢ بأن تسقط بالتقادم دعــوى الضــمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع .

والمقصود بالتسليم فى هذه المادة هو التسليم الفعلى ، لأنه هــو الذى تتهيأ به الفرصة للمشترى للتحقق من حالة المبيع ، فلا تبــدأ المدة إلا من وقت انتقال حيازة المبيع إلى المشترى . أمــا التســليم الحكمى الذى يتحقق إذا ما استبقى البائع المبيع تحت يده بسبب آخر غير الملكية (م٢/٤٣٥)، فلا تبدأ به مدة التقادم [1].

---

(١) السنهورى ص ٧٥٢ هامش (١)- منصــور مصــطفى منصــور ص ٢٠٩- أنور سلطان ص ٣٢٧- سليمان مرقس ص ٤١٢ .

وتسقط الدعوى بمدة سنة ولو لم يكشف المشترى العيب الذى لايمكن كشفه بالفحص المعتاد خلال سنة من وقت التسليم فلا يجوز له بعد ذلك رفع الدعوى إذا كشفه [١].

وكان التقنين القديم يقضى بسقوط الدعوى إذا لم ترفع فى خلال ثمانية أيام من وقت علم المشترى بالعيب (م٣٢٤ أهلى/٤٠٢ مختلط) . وقد لاحظ المشرع فى التقنين الجديد أن هذه المدة أقصر من أن تتسع فى الكثير من الأحيان لرفع الدعوى ، كما أن جعل بدء المدة من وقت علم المشترى بالعيب كان سببا فى إثارة المنازعات حول تحقق العلم بالعيب ووقت تحققه . لذلك أطال المشرع المدة إلى سنة ، وجعل بدءها من وقت تسليم المبيع ، وذلك بصرف النظر عن تكشف العيب أو عدم تكشفه فى خلال تلك المدة، تحقيقا للاستقرار فى التعامل .

٢٣٤ـ مدة السنة مدة تقادم لا مدة سقوط :

تعتبر مدة السنة التى تتقادم بها دعوى ضمان العيب مدة تقادم لا مدة سقوط ، فتسرى عليها أحكام انقطاع التقادم فتنقطع مثلا

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" المادة ٤٥٢ من القانون المدنى خاصة بضمان العيوب الخفية . أما دعوى ضمان الاستحقاق فإنها لاتتقادم إلا بخمس عشرة سنة " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

بالمطالبة القضائية وبإقرار البائع بمسئوليته ، ولكنها لا تقف في حق من لاتتوافر فيه الأهلية وفي حق الغائب ولا في من حكم عليه بعقوبة جناية ، وإنما تقف كلما وجد مانع يتعذر معه على المشترى أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا (م ٣٨٢ مدنى) [١].

٢٣٥- إطالة المدة في حالتين :

مدة السنة ولو أنها مدة تقادم إلا أن المشرع أباح إطالتها في حالتين :

الحالة الأولى :

إذا اتفق الطرفان على مدة أطول للتقادم ، وهذا استثناء من القاعدة العامة في التقادم التي تقضى بأنه لايجوز الاتفاق على تعديل مدته (١/٣٨٨ مدنى). وقد ورد هذا الاستثناء بنص صريح في الفقرة الأولى من المادة ٤٥٢ .

غير أن الرأى قد انقسم فيما إذا كان يجوز الاتفاق على مدة للتقادم أقل من سنة .

فذهب فريق من الفقهاء إلى أنه لايجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تقل عن مدة السنة ، لأنه إذا كان يجوز الاتفاق على إطالة مدة السنة ، فذلك لأنه ورد في هذا الشأن نص صريح، إذ

---

(١) السنهورى ص ٧٥٢ – سليمان مرقس ص ٤١٢ – محمد لبيب شنب ص ٢٢٧ .

تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٢ مدنى " مالم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول "(١).

إلا أن البعض الآخر ذهب إلى إجازة الاتفاق على تقصير المدة، أخذا بما جاء فى المذكرة الإيضاحية إذ جاء بها :

" ما تقدم من أحكام الضمان ليس من النظـام العـام . فيجـوز الاتفاق على زيادة الضمان (كما لو اشترطت مدة أطول من سـنة لرفع الدعوى) أو على إنقاصه كما لو اشترطت مدة أقل من سـنة أو اشترط قصر الضمان على العيوب التى لاتظهر إلا بعد الفُحص الفنى ... الخ " (٢).

وعلى أساس أن ذلك يكون من قبيـل الاتفـاق علـى إنقـاص الضمان ، والمادة ٤٥٣- ٤٥٤ مدنى- صريحة فى إجازة الاتفـاق على إنقاص الضمان عموما (٣).

ونرى الأخذ بالرأى الأخير .

---

(١) السنهورى ص ٧٥٢- سمير تناغو ص ٣٢١ نقض طعن رقـم ١٤٧٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٥ (غير منشور) وقد جاء به: " ... وأنـه لايجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينهـا القانون " .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٢٧

(٣) عبد المنعم البدراوى ص ٥٢٧- منصور مصطفى منصور ص ٢١٠ محمد شكرى سرور ص ٣٧٦

ويجب أن يكون ما رفع فى خلال السنة هو دعــوى الضــمان نفسها ، فلا يكفى أن يرفع المشترى دعوى إثبات الحالة[1].

٢٣٦ـ عدم التمسك بمدة السنة فى حالـة إخفاء العيـب غشا من البائع :

تنص المادة (٤٥٢) فى عجزها : " على أنه لايجوز للبــائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه".

وفى هذه الحالة لاتسقط الدعوى إلا بعد مضى خمس عشرة سنة من وقت اكتشاف العيب ، طبقا للقواعد العامة ، لأن البــائع وقــد ارتكب غشا لا يكون جديرا بحماية تقصير المدة ويلزم أن يثبت هذا الغش ، بمعنى أن البائع تعمد أن يخفى العيب الذى كــان يعلمــه ، ولايكفى أن يثبت مجرد علم البائع بالعيب .

ويقع عبء إثبات الغش ، على المشترى الذى يدعيه .

ومسألة حصول الغش واقع تترك لتقدير قاضى الموضوع[2].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٢٧- ويشير سيادته فى هامش (٢) إلــى حكــم صادر بعكس هذا من محكمة استئناف مصر فى ١٩ مايو سنة ١٩٣٢- ويبرر هذا الحكم بأن مدة تقادم دعوى ضمان العيوب فى التقنين الملغى كانت ثمانية أيام وهى مدة قصيرة جدا وكــان القضــاء يتحايــل علــى التخفيف منها .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٣٧٥ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لايجوز للبائع طبقا للفقرة الثانية من المادة ٤٥٢ من القانون المدنى أن يتمسك بمدة السنة لتمام التقادم إذ أثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه ، وإذ كان المشرع قد ألحق حالة تخلف الصفة بالعيب الخفى وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان ، بل جعل للمشترى الرجوع على البائع فى هذه الحالة بدعوى ضمان العيوب الخفية ، تحقيقا لاستقرار المعاملات فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه برفض الدفع بسقوط الدعوى على أساس تعمد البائع إخفاء هذا العيب غشا منه ، فإنه لايكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه ، ذلك أن مدة التقادم تكون فى هذه الحالة ١٥ سنة أخذا بالأصل العام المعمول به بشأن مدة التقادم " .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣)

٢- " مفاد نص المادة ٤٥٢ من القانون المدنى أن الالتزام بضمان العيوب الخفية يسقط بمضى سنة من وقت تسلم المشترى للمبيع غير أنه إذا تعمد البائع إخفاء العيب عن غش منه فلا تسقط دعوى الضمان فى هذه الحالة إلا بمضى خمس عشرة سنة من وقت البيع . ولما كان يبين مما قرره الحكم أنه رغم أن البائع- مورث الطاعنين – كان يعلم أن الدور الأول من العقار المبيع كان مؤجرا من قبل بمبلغ ثمانية جنيهات شهرية فإنه ضمن للمشتريين-

المطعون عليها الثانية ومورث المطعون عليها الأولى- أن العقار يغل قدرا أكبر من الريع إذ استأجر منهما هذا الدور بمبلغ ٣٥ جنيه شهريا لمدة ثلاث سنوات من تاريخ التوقيع على العقد النهائى على أن تكون الأجرة ٣٠ج شهريا بعد انتهاء هذه المدة مما جعل المشترين يقبلان على تحديد ثمن العقار بمبلغ ٨٥٠٠ج، ثم أقام ورثة البائع دعوى قضى فيها بتخفيض الأجرة وخلص الحكم من ذلك إلى أن المبيع به عيب خفى تعمد البائع إخفاءه عن المشترين غشا منه واستند إلى أسباب سائغة تكفى لحمله فى هذا الخصوص وكان الحكم فيما أورده على النحو سالف الذكر قد بين عناصر الغش الذى نسبه إلى البائع وكيف أنه تعمد إخفاء العيب وإذ رتب الحكم على ما انتهى إليه أن مدة تقادم دعوى الضمان فى هذه الحالة تكون خمس عشرة سنة من تاريخ العقد وأن هذه المدة لم تنقض بعد حتى تاريخ رفع الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٦٠٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)

٣- " مفاد نص المادة ٤٥٢ من القانون المدنى أن الالتزام بضمان العيوب الخفية يسقط بمضى سنة من وقت تسلم المشترى للمبيع ما لم يكن البائع قد تعمد إخفاء العيب عن غش منه ".

(طعن رقم ٣٧١٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٢٠)

٤- " إذا كان البين من الأوراق أن الطاعنين قد أثبتوا على وجه حافظتي مستنداتهما المقدمتين لمحكمة الاستئناف بجلستي ١٩٨٦/١١/٨ ، ١٩٨٧/١١/٩ دفاعا حاصله تمسكهم بسقوط دعوى الضمان بالتقادم عملا بالمادة ٤٥٢ من القانون المدني لفوات أكثر من سنة من تاريخ تسلم المطعون عليه الأول الشقتين المبيعتين له والذي تم بتاريخ ١٩٧٦/١/١٢ مستدلين على ذلك بإقرار صادر منه وكان هذا الدفاع جوهريا من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى .. دون أن يعرض الحكم المطعون فيه لهذا الدفاع الذي أبداه الطاعنون لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ويعنى بتمحيصه فإنه يكون معيبا ".

(طعن رقم ٣٧١٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٢٠)

٥- " إذا كانت دعوى الطاعن والمشتري حسبما يتضح من مضمونها ومرماها هي مطالبة بائعه بتعويض الأضرار التي لحقته نتيجة إخلال هذا البائع بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد البيع والمتمثلة في توفير مياه الري من حيث كميتها وضغطها اللازمين لتشغيل أجهزة الري المحوري طبقاً للعقد المبرم بينهما فإنها بذلك لاتعتبر دعوى بضمان العيوب الخفية الكامنة في المبيع ... والتي يجب على المشتري المبادرة إلى إخطار البائع بها طبقا لنص المادة

٤٤٩ من القانون المدنى ثم يرجع عليه بدعوى الضمان خلال مدة سنة من وقت تسلم المبيع وإلا سقطت بالتقادم وذلك على النحو المبين فى المادة ٤٥٢ من ذات القانون بل هى دعوى رجع بها الطاعن على المطعون ضدهم بمقتضى الأحكام العامة للمسئولية العقدية تخضع الدعوى بشأنها للأحكام العامة فى تقادم الدعاوى وهى خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر دعوى الطاعن دعوى ضمان عيب وأعمل فى شأنها تقادم هذه الدعوى المنصوص عليه فى المادة ٤٥٢ المشار إليها ورتب على ذلك الحكم بسقوطها فإنه يكون قد أخطأ فى فهم الواقع فى الدعوى جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون حجبه عن بحث وتمحيص طلبات الطاعن " .

(طعن رقم ٦٨٢٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٧/٤/٢٠٠٠)

٢٣٧ـ النزول عن الحق فى الضمان :

للمشترى أن ينزل عن حقه فى الرجوع على البائع بضمان ما يجده فى المبيع من عيوب ، ذلك أن الحق فى الرجوع بضمان العيوب مقرر لمصلحته ، ولكل شخص أن ينزل عما هو مقرر لمصلحته مادام ذلك لايمس النظام العام فى شئ .

والنزول عن الحق فى الضمان قد يكون صريحا وقـد يكـون ضمنيا ، وفى الحالتين لايصح أن يفترض ، بـل يجـب أن يثبـت بصفة يقينية اتجاه إرادة المشترى إلى عدم الرجـوع علـى البـائع بضمان العيوب .

ومن قبيل النزول عن الحق فى ضمان العيوب احتفاظ المشترى بالمبيع واستعماله بطريقة مستمرة بعد تجربتـه وتبينـه لعيوبـه ، ويترتب على نزول المشترى عن الحق فى الضمان ، ألا يجوز لـه بعد ذلك أن يعود فيطالب بفسخ البيع أو التعويض عـن الأضـرار التى لحقته بسبب العيب الذى نزل عن الحق فى ضمانه [١].

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٢٤ .

مـادة (٤٥٣)

يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فــى الضــمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ،على أن كل شــرط يســقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا ، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشا منه .

الشــرح

٢٣٨ـ جواز الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب :

أحكام ضمان العيب الخفى ، شأنها شأن أحكام ضمان التعرض والاستحقاق ليست من النظام العام ، ولهذا يجوز للعاقدين تعديلها عن طريق تشديد الضمان أو تخفيفه أو إسقاطه كلية .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ما تقدم من أحكام الضمان ليس من النظـــام العـــام . فيجـــوز الاتفاق على زيادة الضمان (كما لو اشترطت مدة أطول مـــن ســـنة لرفع الدعوى) أو على إنقاصه (كما لو اشترطت مدة أقل من ســـنة أو اشترط قصر الضمان على العيوب التى لاتظهر إلا بعد الفحص الفنى) أو على إسقاط الضمان أصلا . غيـــر أن الاتفـــاق علـــى الإنقاص أو الإسقاط باطل إذا اقترن بتعمد البائع لإخفاء العيب" [1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ١٢٧ .

(أ) زيادة الضمان :

من المتصور أن يقع الاتفاق بين الطرفين على زيادة الضمان (تشديده) ، وإن كان مثل هذا الاتفاق أقل فى العمل بكثير من الاتفاق على إنقاص الضمان (تخفيفه) .

ويكون الاتفاق على تشديد الضمان : إما بتوسيع مدى ما يشمله من عيوب أو بتشديد الآثار المترتبة عليه. ومثال الفرض الأول، الاتفاق على أن يضمن البائع حتى العيوب الظاهرة ، أو على أن يضمن العيب أيا كانت درجة جسامته ولو كان العرف قد جرى على التسامح فيه . ومثال الفرض الثانى ، الاتفاق على أن يكون للمشترى الحق فى رد المبيع والحصول على تعويض كامل حتى ولو لم يكن العيب جسيما ، أو على أن يكون له استرداد المصروفات الكمالية ولو كان البائع حسن النية ، أو الاتفاق على إطالة المدة اللازمة سقوط دعوى الضمان بالتقادم .

والاتفاق على تشديد الضمان لا مفترض، بل يجب أن يثبت أن إرادة الطرفين قد اتجهت إليه بشكل مؤكد ، وهو مالا يستفاد من مجرد تضمين العقد بندا على أن البائع يضمن المبيع فى حالة جيدة، أو على أنه يضمن كل العيوب التى قد تظهر فى المبيع [1].

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٨٢- منصور مصطفى منصور ص ٢١٠.

(ب)- إنقاص الضمان :

وهذه الصورة من الاتفاق أكثر شيوعا فى العمل من الصورة السابقة وهى تكون إما : بالحد من مدى الضمان ، أو بتخفيف ما يترتب عليه من آثار ومثال الفرضِ الأول، الاتفاق على عدم ضمان البائع عيبا معينا لو وجد فى المبيع ولو كان مؤثرا (كعدم ثبات صبغة القماش) . أو على ألا يضمن العيوب التى تصل فى خفائها إلى درجة أنه لا يمكن كشفها بالفحص المعتاد .

ومثال الفرض الثانى ، الاتفاق على أن يقتصر حق المشترى على التعويض مع الاحتفاظ بالمبيع ولو كان العيب جسيما ، أو على تقصير مدة التقادم عن سنة (فى الرأى الذى يجيزه) . أو على ألا يلتزم البائع برد المصروفات كلها أو بعضها ، أو على سقوط حق المشترى فى الرجوع إذا لم يخطر البائع فى مدة معينة أقل من الوقت الملائم [١].

(ج) إسقاط الضمان :

الاتفاق على إسقاط الضمان، هو اتفاق شائع الحدوث فى العمل.

ويجوز الاتفاق على إسقاط الضمان كلية أيا كان العيب ، وذلك عندما يشترى المشترى ساقط الخيار ، وكثيرا ما يحدث هذا فى البيوع التى تتم بالمزاد الاختيارى (الأوكازيون) .

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢١٠ – محمد شكرى سرور ص ٣٨٢.

ويترتب على هذا الاتفاق أثره كاملا من حيث إعفاء البائع من الضمان كلية ، فلا يحق للمشترى أن يرجع عليه بأى شئ .

وفى هذا يختلف شرط عدم ضمان العيب عن شرط عدم ضمان التعرض والاستحقاق الذى يقتصر أثره على إعفاء البائع من التعويض دون رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق إلا أن يكون المشترى عالما بسبب الاستحقاق أو اشترى ساقط الخيار .

فالبائع الذى يشترط عدم ضمانه العيب لايسأل عن رد قيمة المبيع ولا عن التعويض حتى ولو كان العيب جسيما . ولا يجوز بدون نص خاص من الحكم الاستثنائى الوارد فى المادة ٢/٤٤٦ بخصوص شرط عدم ضمان الاستحقاق على الشرط المسقط لضمان العيب (١).

والاتفاق على إسقاط الضمان لايصح افتراضه، بل يلزم أن تكون إرادة الطرفين الأكيدة قد اتجهت إليه . فلا يكفى مثلا استخلاصه من مجرد النص فى العقد على أن المشترى عاين المبيع المعاينة النافية للجهالة ، أو من مجرد كون المبيع مستعملا. ويغلب فى العمل أن يجرى الاتفاق عليه بشرط صريح فى العقد، إنما يمكن أن يستخلص ضمنا أيضا من ظروف الحال ، كبيع شئ قيم بثمن بخس لايتناسب مطلقا مع قيمته لو كان سليما (٢).

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٣٧ .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٣٨٣- عبد المنعم البدراوى ص ٥٢٧.

٢٣٩- بطلان إسقاط الضمان أو إنقاصه فى حالة إخفاء العيب غشا :

كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا ، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشا منه . إذ لايصح أن يفيد البائع من نتائج غشه . إنما لايبطل الشرط إلا بالنسبة للعيب الذى تعمد البائع إخفاءه ، فإذ ظهر عيب آخر كان البائع قد اشترط عدم ضمانه وجب إعمال هذا الشرط . وغش البائع لايفترض ، وإنما يجب على المشترى أن يثبته . ولا يكفيه لذلك أن يقيم الدليل على أن البائع كان يعلم بالعيب وقت التعاقد وإنما يجب أن يثبت أنه تعمد إخفاءه[1].

---

(١) السنهورى ص ٧٥٧- منصور مصطفى منصور ص ٢١٠ ومابعدها - محمد شكرى سرور ص ٣٨٣- عبد الناصر العطار ص ٢٥٦ ومابعدها.

مـادة (٤٥٤)

لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية ، ولا فى البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد .

الشـرح

٢٤٠ـ لا ضمان للعيوب فى البيوع بالمزاد :

لا ضمان للعيوب فى البيوع القضائية ، ولا فى البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد .

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية سبب عدم الضمان فى هذه البيوع بقولها :

" هذا النص منقول عن المادة ٣٢٧/٤٠٥ من التقنين الحالى. ويبرر عدم ضمان العيب فيما يباع بالمزاد سواء من جهة القضاء أو من جهة الإدارة أن هذا البيع قد أعلن عنه وأتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشئ قبل الإقدام على المزايدة . فيحسن بعد أن اتخذت كل الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه، فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبئها المدين "[١].

ويذهب رأى فى الفقه إلى أن عدم الضمان يقتصر على البيوع التى يتحتم إجراؤها قضاء عن طريق المزاد ، كبيع أموال المدين تنفيذا للديون التى فى ذمته ، وكبيع أموال القاصر والمحجور فى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٢٩ .

المزاد . أما البيوع الاختيارية أى التى لايستلزم القانون فيها تـدخل القضاء ، ويكون تدخله فيها عارضا فتخضع للضمان ، كبيع العين الشائعة بالمزاد لعدم إمكان قسمتها عينا ، ذلك أنه لايلجأ إلى البيـع تحت إشراف المحكمة إلا إذاتعذرت قسمة العقار عينا بين الملاك على الشيوع ولم يتفق الشركاء على بيع العقار دون تدخل القضاء [١].

بينما يذهب رأى آخر إلى أن عدم الضمان يسرى ولو كان البيع اختياريا طالما أجرى بالمزاد . وأن القول بـالرأى الأول لايتفـق وعموم نص المادة ٤٥٤ التى تكلمت عن البيـوع القضـائية دون تخصيص، فضلا عن أنه يتعارض مع حكمة هذا النص على نحـو ما بينتها المذكرة الإيضاحية . وأنه لعل القائلين به جاروا فيـه مـا يقول به الفقه الفرنسى فى تفسيره للنص المقابل للـنص المصـرى وهو نص المادة (١٦٤٩) مدنى فرنسى ، رغم ما بين النصين مـن فارق واضح فى الصياغة .

فالنص الفرنسى لايستبعد من نطاق الضمان إلا البيوع التى تتم بسلطة القضاء ، وهو ما يوحى بقصر حكمه علـى البيـوع التـى يستلزم القانون تدخل القضاء فيها [٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٦٠- السنهورى ص ٧٣٢ ومابعدها- منصور مصطفى منصور ص ٢٠٣- أنور سلطان ص ٣٢٨ .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٣٧١ ومابعدها - عبد الناصـر العطـار ص ٢٥١ ومابعدها ، وهامش (٤١) ص ٢٥٢- محمد لبيب شنب ص ٢١٨ ومابعدها - اسماعيل غانم ص ١٩٧- سليمان مرقس ص ٤١٤ .

ونرى الأخذ بالرأى الثانى .

والبيوع الإدارية ، هى البيوع التى تجريها جهات الإدارة المختلفة ، وهى تختلف عن البيوع القضائية ، فى أن البيوع الأخيرة تكون دائما بالمزاد العلنى . أما البيوع الإدارية فيجوز طبقا للتشريعات الإدارية أن تتم بطريقة غير علنية فى مظاريف مغلقة.

وسواء تمت البيوع الإدارية بالمزاد العلنى أم بطريقة غير علنية، فإنه يمتنع الرجوع على الإدارة بضمان العيب [1].

كما يستوى أن يكون لجوء الإدارة إلى طريقة المزاد فى البيع الذى أجرته أمرا إجباريا يحتمه القانون ، كما فى بيع أموال الممول تنفيذا لما عليه من ضرائب ، أم كانت – طبقا للرأى الذى نأخذ به فى البيع القضائى– قد لجأت للبيع بهذه الطريقة اختيارا [2].

٢٤١ـ البيوع التى يسرى عليها ضمان العيب :

فيما عدا البيوع القضائية والبيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد، يقوم ضمان العيب فى أى بيع آخر ، يستوى فى ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل . ويستوى كذلك أن يكون محل المبيع عقارا أو منقولا ، شيئا ماديا أو غير مادى .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٩٧ – محمد شكرى سرور ص ١٩٧ .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٣٧٢ .

كما يجوز للشفيع – وقد حل محل المشترى- أن يرجع بضمان العيب على البائع . ويجوز أن يرجع بضمان العيب أيضا المسترد لحصة شائعة فى منقول باعها شريك فى الشيوع لأجنبى (م٨٣٣ مدنى) (١).

ويقوم ضمان العيب فى المتاجر والأسهم والسندات والحقوق الشخصية ، وفى غير ذلك من الأشياء غير المادية .

ولكن لاتنطبق أحكام العيب على عقد المقاولة المختلط بالبيع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" أحكام العيب الخفى التى نص عليها فى المواد ٣١٣- ٣٢٤ من القانون المدنى – القديم- فى باب البيع لاتنطبق فى حالة عقد الاستصناع غير المختلط بالبيع وهو العقد الذى يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة " .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١٢/١٤)

---

(١) السنهورى ص ٧٣٣ – المستشار الدكتور محمد شتا التقنين المدنى جـ٢ ص ١٦٠١ .

مـادة (٤٥٥)

إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثـم ظهـر خلل فى المبيع ، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلـل فـى مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور مـن هذا الإخطار، وإلا سقط حقه فى الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره .

الشـــرح

٢٤٢ـ ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة :

كثيرا ما يحدث فى العمل أن يضمن البائع للمشترى بشرط فـى العقد صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، كمـا يحـدث فـى بيـع الساعات وأجهزة الراديـو والتليفزيـون والثلاجـات والسـيارات والآلات الميكانيكية . فيضمن البائع صلاحية هذه الأشياء مثلا لمدة سنة أو سنتين أو أقل أو أكثر ، بحيث يكون مسئولا عن أى خلـل يطرأ على المبيع فى خلال هذه المدة .

وهذا الشرط استحدثه التقنين المدنى الجديـد . والـذى يعنـى المشترى فى مثل هذه الحالات هو أن يكون المبيع صالحا للعمـل، ولايعنيه أن يكون عدم الصلاحية راجعا إلى عيب معين .

ويكون على البائع الضمان إذا ظهر خلل فى المبيع أثناء المـدة المتفق عليها أيا كان سبب هذا الخلل ، ولو كان مرجعه عيبا ظاهرا

أو حتى عيبا كان يعلمه المشترى وقت البيع، ولكن يشترط ألا تكون عدم الصلاحية للعمل راجعا إلى المشترى، كما إذا سقطت الساعة المبيعة من يده فانكسرت .

وينطوى هذا الشرط لذلك على اتفاق مشدد لأحكام ضمان العيب، إذ القاعدة فى ضمان العيب أنه يشترط فيه ألا يكون معلوما للمشترى وقت التعاقد(١) .

وهذا الضمان لايمنع ضمان البائع للعيوب الخفية إذا توافرت شروطها ، فيضمن البائع ظهور عيب فى المبيع ولو لم يكن من شأنه جعل المبيع غير صالح ، كالعيب فى طلاء الساعة الخارجى، فتسرى القواعد المقررة فى ضمان العيب الخفى (٢).

---

(١) السنهورى ص ٧٥٩- اسماعيل غانم ص ٢٠٧ - عبد الناصر العطار ص ٣٣٢- محمد شكرى سرور ص ٣٩٠ - وعكس ذلك منصور مصطفى منصور ص ٢١١ فيرى أن هذا الحكم صورة خاصة للحكم الذى وضعه المشرع فى صدر المادة ٤٤٧ هو أن " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل المشترى وجودها فيه " فصلاحية المبيع للعمل مدة معلومة لاتعدو أن تكون صفة فيه . ولهذا لا يرى فى مجرد ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل اتفاقا على تعديل أحكام الضمان ، ولايغير من أحكام ضمان العيب بمعنى الآفة الطارئة .

(٢) سمير تناغو ص ٣٣٣.

٢٤٣ـ إخطار البائع بالخلل فى المبيع ورفع دعوى الضمان :

توجب المادة على المشترى أن يخطر البائع بالخلل الذى يظهر فى المبيع فى مدة شهر من ظهوره.

ويكلف المشترى بإثبات أن العيب لم يظهر منذ أكثر من هذه المدة . وليس للإخطار شكل خاص فيجوز أن يكون بإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل أو بخطاب عادى أو ببرقية أو بالفاكس أو حتى شفاهة ، على أن يثبته المشترى ، عند المنازعة فى حصوله .

فإذا ما أخطر المشترى البائع بالعيب فى خلال المدة المذكورة، وجب عليه رفع دعوى الضمان فى مدة ستة شهور من تاريخ هذا الإخطار .

فإذا لم يخطر المشترى البائع بالعيب خلال شهر من ظهوره أو إذا لم يرفع دعوى الضمان خلال مدة ستة أشهر من هذا الإخطار سقط حق المشترى فى الضمان .

غير أنه يجوز للمشترى أن يرفع الدعوى مباشرة ، وتعتبر صحيفتها إخطارا كافيا ، غير أن المشترى يعرض نفسه فى هذه الحالة لتحمل مصاريف الدعوى إذا سلم البائع له بحقه [١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٢٩- جلال العدوى ص ٢١١ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" هذا نص جديد نقل عن المشروع الفرنسى الإيطالى ، ولانظير له فى التقنين الحالى . ويقصد به ضمان صلاحية المبيع فى الأشياء الدقيقة (كالآلات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك) فإذا وجد شرط صحيح بضمان البائع لصلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، ثم ظهـر خلل أثناء هذه المدة ، فالواجب أن يخطر المشترى البائع فى مـدة شهر من ظهور الخلل وإلا سقط حقه فى الضمان وأن يرفع الدعوى فى مدة سنة من هذا الإخطار (أصبحت فى القانون ستة أشهر) [1] ويجوز رفع الدعوى مباشرة وتعتبر صحيفتها إخطارا كافيا، ولكن المشترى يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الواقع فى الدعوى أن المطعون ضده الأول قد تسلم السيارة محل النزاع المتعاقد عليها من فرع الشركة المنتجة فى ١٩٩١/٥/١٢ مشفوعة بشهادة الضمان والخدمة والمتضمنة التزام الشركة لمشترى السيارة أن تكون كل قطعة من منتجاتها فى ظروف الاستعمال والخدمة العادية خالية من العيوب سواء فى الخامات أو الصناعة ويسرى هذا الضمان إلى أن تتم قيادة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٣٠ وما بعدها .

المنتجات أو استعمالها أو تشغيلها لمسافة ستة آلاف كيلو متـــراً أو لمدة ستة أشهر من تاريخ التسليم أيهما أسبق . وقد أخطر المطعون ضده الأول الشركة بالعيب . الذى ظهر فى محرك الســيارة فـــى ١٩٩١/١٠/٣٠ ورفـــع الـــدعوى بالمطالبـــة بـــالتعويض فـــى ١٩٩٢/١١/٥ أى بعد أكثر من سنة من تاريخ الإخطار بما يخالف مدة الضمان المتفق عليها من الطرفين ويسقط حق المطعون ضـــده الأول فى دعوى الضمان عملاً بنص المادة ٤٥٥ آنفة الذكر ويكون قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدفع بسقوط حق المطعون ضده الأول فى الضمان بالتقادم قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يعيبه ".

(طعن رقم ١٠٩٠٩ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٨/٥/١٢)

٢٤٤ـ الاتفاق على تعديل مدة الإخطار ومدة رفع الدعوى :

بعد أن نصت المادة (٤٥٥) على ميعاد الإخطار وميعاد رفـــع الدعوى أردفت " كل هذا ما لم يتفق على غيره " .

فهذه المدة مدة سقوط وليست مدة تقادم فلا يسرى عليها الوقف أو الانقطاع . فيجوز الاتفاق على زيادة ميعاد الإخطـــار أو ميعـــاد رفع الدعوى أو إنقاصه [١].

وليس للمحكمة أن تتعرض لأحكام السقوط من تلقاء نفسها.

---

(١) سمير تناغو ص ٣٣٤ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" النص فى المادة ٤٥٥ من القانون المدنى علـى " إذا ضـمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيـع ، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل ، فى مـدة شـهر مـن ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هـذا الإخطـار، وإلا سقط حقه فى الضمان، كل هذا ما لم يتفق على غيره " ومؤدى هذا النص أن البائع يضمن صلاحية المبيع للعمل مدة معينة يكـون فيها مسئولا عن الضمان وعلى المشترى أن يخطره بالخلـل فـى المبيع فى مدة شهر من ظهوره ويرفع الدعوى فى مدة ستة شـهور من هذا الإخطار وإلا سقط الضمان وهذه المواعيد ليست مواعيـد تقادم بل مواعيد سقوط يجوز الاتفاق على ما يخالفها بالإطالـة أو تقصيرها كما ورد صراحة فى عجز النص لأن أحكامه ليست مـن النظام العام " .

(طعن رقم ١٠٩٠٩ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٣/٥/١٩٩٨)

٢٤٥ـ ما يرجع به المشترى فى دعوى الضمان :

الغالب أن يتضمن الاتفاق تنظيما لهذا الرجوع ، كـأن يتعهـد البائع بإصلاح الخلل على نفقته ، أو يغير الأجـزاء المعيبـة ، أو يستبدل بالشئ شيئا جديدا .

فإذا لم يبين الاتفاق ما يرجع به المشترى على البائع، كان من الواجب تطبيق أحكام ضمان العيب الخفى الواردة فى الاستحقاق الجزئى، فيرد المبيع أو يستبقيه مع التعويض إذا كان العيب جسيما، وإذا كان العيب بسيطا اكتفى بالتعويض .

ويجوز الاتفاق على تعديل مدى التعويض ، بأن يشترط المشترى رد المبيع ولو لم يكن العيب جسيما أو يشترط البائع عدم رده ولو كان العيب جسيما [1].

٢٤٦- هل يجوز للطرفين استبعاد أحكام الضمان ؟

قد يحدث أحيانا أن يتفق الطرفان على ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم يقع فى المبيع خلل فى هذه المدة ، ويتبين أن سبب هذا الخلل هو وجود عيب فى المبيع مما يضمنه البائع وفقا لأحكام ضمان العيوب ، فيثور التساؤل عما إذا كان يمكن تطبيق أحكام ضمان العيب الخفى أم لا . وللإجابة على هذا التساؤل يتعين الرجوع إلى إرادة الطرفين لبيان ما إذا كانا قد قصدا بالاتفاق على ضمان صلاحية المبيع للعمل ، أن يقوم هذا الضمان إلى جانب ضمان العيوب الخفية ، بحيث يكون للمشترى أن يختار

---

(١) السنهورى ص ٧٦١ الهامش- منصور مصطفى منصور ص ٢١٢- جلال العدوى ص ٢١٠ ومابعدها .

فى رجوعه على البائع طريق ضمان العيوب الخفية ، أو طريق ضمان الصلاحية ، وإذا أقفل أحد الطريقين فى وجهه لفوات ميعاده مثلا كان له أن يسلك الطريق الآخر مادامت مواعيده لم تنقض .

أم أن الطرفان قصدا من الاتفاق على ضمان صلاحية المبيع للعمل ، استبعاد أحكام ضمان العيوب كلية ، بحيث لا يكون للمشترى أن يرجع على البائع إلا بضمان الصلاحية .

ومعرفة قصد المتعاقدين فى هذا الشأن مسألة موضوعية ، تتوقف على تفسير اتفاقهما ، ولذلك فإن قضاء المحاكم فيها لايخضع لرقابة محكمة النقض . فإذا لم يمكن تبين قصد المتعاقدين فى هذا الشأن ، فإن الاتفاق على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة لايتضمن فىذاته استبعاد أحكام ضمان العيوب ، بل يقوم الضمانان جنبا إلى جنب ، إذ يجب تفسير الاتفاقات الخاصة بالضمان تفسيرا ضيقا ، ومن ثم فلا يمكن القول بأن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى إعفاء البائع من ضمان العيوب الخفية لمجرد أنهما اتفقا على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة [١].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٣٢ ومابعدها .

التزامات المشترى :

مـادة (٤٥٦)

١- يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الـذى سـلم فيـه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عـرف يقضى بغير ذلك .

٢- فإذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسـليم المبيـع ، وجـب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيـه مـوطن المشـترى وقـت استحقاق الثمن .

الشــرح

٢٤٧ـ مكان الوفاء بالثمن :

إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على مكان الوفاء بثمن المبيـع ، تعين الوفاء بالثمن فى هذا المكان ، فإذا لم يوجد اتفاق ، كان الوفاء فى المكان الذى يحدده العرف . فإذا لم يوجد عرف فإنه يجـب أن يتم الوفاء طبقا لما تحدده المادة (٤٥٦) .

وهذه المادة قد فرقت فى مكان الوفاء بالثمن بين حالتين :

الحالة الأولى :

إذا كان الثمن مستحقا وقت التسليم ، سواء كان ذلك بناء علـى اتفاق أو عرف ، يقضى بذلك، أم بناء على القاعدة التى تتضـمنها المادة ١/٤٥٧ مدنى [١]، فيكون مكان الوفاء بالثمن هو المكان الذى يسلم فيه المبيع .

---

(١) وتنص على أن : " يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " .

وفى هذا خروج على القاعدة العامة التى تنص عليها الفقرة الثانية من المادة (٢٤٧) مدنى ، ومقتضاها أن يكون الوفاء فى موطن المدين .

والحكمة فى الخروج على القاعدة العامة أن البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن وقت تسليم المبيع وفى مكان هذا التسليم ، وهذا أوفى إلى تحقيق قصد المتعاقدين عند عدم إفصاحهما عنه صراحة [(١)].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... أما إذا كان مستحقا فى هذا الوقت (وقت تسليم المبيع) ، فإن البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن وقت تسليم المبيع وفى مكان هذا التسليم . كل هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره ، ويتضمن التقنين الحالى (م٣٢٨-٣٢٩/٤٠٦-٤٠٩) هذه الأحكام نفسها "[(٢)].

وإذا كان الثمن واجب الأداء فور العقد وبالتالى فى مكان تسليم المبيع ، ثم قام البائع – مجاملة للمشترى- بتسليمه المبيع دون أن يقبض الثمن ، فلا يجوز أن يترتب على هذا إساءة إليه فيصبح

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٤٤- محمد شكرى سرور ص ٣٩٥- جلال العدوى ص ٢٢٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٣٦ .

الثمن واجب الأداء فى موطن المشترى ، بل يظل واجب الوفاء فى محل التسليم [١].

ولاينطبق الحكم السابق إلا حيث يكون الوفاء بالثمن واجب الأداء للبائع نفسه ، أما إذا اشترط البائع أن يقع الوفاء بالثمن لشخص غيره ، فمعنى ذلك أن البائع يكون قد فصل ما بين تنفيذ التزامه بالتسليم والتزام المشترى بدفع الثمن ، ولم يعد من الجائز افتراض أن الطرفين قد قصدا تنفيذهما معا جملة واحدة ، ويجرى تنفيذ كل منهما على انفراد ، فيكون الوفاء بالثمن واجب الأداء عندئذ فى موطن المشترى وهو المدين بالثمن ، وذلك وفقا للقواعد العامة .

وإذا كان الثمن واجب الوفاء فى الأصل وقت التسليم ثم تأجل ميعاد دفعه إما بنظرة ميسرة أو بأجل تفضل به البائع على المشترى، فإنه لايجوز أن يترتب على ذلك الإضرار بالبائع بجعل الثمن واجب الوفاء فى موطن المشترى ، بل يظل هذا ملزما بدفعه فى المكان الذى تم تسليم المبيع فيه رغم قيامه بدفعه بعد التسليم[٢].

الحالة الثانية :

إذا لم يكن الثمن مستحقا وقت التسليم ، فإن الوفاء بالثمن يكون واجبا فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٤٤ .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٣٩٦ .

الثمن. وهذا محض تطبيق للقواعد العامة ، يبرره انتفـاء الحكمـة التى أوجبت فى الفرض السابق ، ربط مكان الوفاء بالثمن بمكـان التسليم .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان المشترى لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بما ينعـاه على الحكم إذ قضى بفسخ عقد البيع من أنه أغفل بحث ما إذا كـان البائع قد تقدم بنفسه أو بوكيل عنه إلى محله لاستيفاء البـاقى فـى ذمته من الثمن وفوائده طبقا للمادة ٣٢٩ مدنى قديم فإن هذا النعـى يكون غير مقبول لأنه يتضمن سببا جديدا يخالطه واقع فلا تجـوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٤٧ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٥/٢٣)

ويلاحظ أن المشرع لم يعرض لتعيين مكان الوفاء بالثمن فـى حالة ثالثة غير الحالتين السابقتين هى الحالة التى يكون فيها الثمن مستحقا قبل الوقت المعين لتسليم المبيع . ولاشك فى انطباق القاعدة العامة على هذه الحالة إذ لاتتوافر فيها الحكمة التى اقتضت الخروج على هذه القاعدة فى الحالة الأولى . وإذن يكون وفاء الثمن فى هذه الحالة فى موطن المشترى كما فى الحالة الثانية [1].

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٢٠- عبد الودود يحيى ص ١٥٩ .

مادة (٤٥٧)

١- يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٢- فإذا تعرض أحد للمشترى مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا .

٣- ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما إذا كشف المشترى عيبا فى المبيع .

الشرح

٢٤٨ـ زمان الوفاء بالثمن :

يرجع فى تحديد زمان الوفاء بالثمن أى الوقت الذى يجب أن يدفع فيه الثمن إلى اتفاق المتعاقدين ، فإذا اتفقا على الوفاء بالثمن فى وقت معين ، وجب الوفاء بالثمن فى هذا الوقت ، فإذا لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين على ذلك ، فإنه يرجع إلى العرف ، فإذا لم يوجد عرف يحدد زمان الوفاء بالثمن ، فقد حددت الفقرة الأولى من المادة زمان الوفاء بالثمن " فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع " .

فقد ربط المشرع بين وقت الوفاء بالثمن ووقت تسليم المبيع،

فجعل الوفاء بالثمن مستحقا فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة فى وقت واحد [(١)].

غير أن فى ذلك خروج على القواعد العامة ، إذ الأصل أنه إذا لم يتفق على تأجيل الوفاء بالالتزام فإنه يكون مستحق الأداء بمجرد نشوئه ، وذلك حتى ولو كان الالتزام ناشئا عن عقد تبادلى، ولو كان الالتزام المقابل مؤجلا . فالربط إذن بين وفاء المشترى بالتزامه بدفع الثمن ووقت وفاء البائع بالتزامه بتسليم المبيع ، فيه خروج على القواعد العامة . وهو خروج روعيت فيه مصلحة المشترى وحده لأنه :

(أ) إذا فرض وكان قد اتفق على موعد معين لتسليم المبيع ولم يتفق على موعد للوفاء بالثمن ، فإن البائع لن يستطيع أن يطالب المشترى بسداد الثمن فورا مثلما كان يستطيعه طبقا للقواعد العامة، وإنما يكون عليه أن ينتظر لحين حصول التسليم . (ب) وعلى العكس ، إذا فرض وكان قد اتفق على أجل لدفع الثمن ولم يتفق على أجل لتسليم المبيع ، ظل التزام البائع بالتسليم واجب الوفاء فورا طبقا للقواعد العامة ولم يجز للبائع أن يمتنع عن التسليم إلى حين حلول أجل الوفاء بالثمن [(٢)].

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص١٣٦- أنور سلطان ص ٣٣٣ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٢٠٩- محمد شكرى سرور ص ٣٩٤ ومابعدها- خميس خضر ص ٢٧٣ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وأما الزمان ، فالثمن يستحق الدفع فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة فى وقت واحد ، وقد سبق أن المبيع يسلم وقت تمام البيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . وقد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن بعد أو قبل تسليم المبيع ، كأن يتفقا على أن يدفع الثمن حالا بمجرد تمام البيع ولو كان تسليم المبيع مؤجلا ، أو على أن يدفع الثمن مؤجلا على أقساط أو جملة واحدة ولو كان المبيع قد سلم فى الحال ، وقد يقضى العرف بأحكام أخرى فيتعين اتباعها ، وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين الحالى (م٣٢٩/٤٠٧) [١].

٢٤٩ـ حق المشترى فى حبس الثمن :

يلتزم المشترى بدفع الثمن فى ميعاد استحقاقه ليحصل فى مقابل ذلك على ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة نافعة . وقد ذكرنا سلفا أن المشرع خول المشترى حق الرجوع على البائع بالضمان فى حالات التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . غير أن المشترى لايلجأ إلى دعوى الضمان إلا إذا كان قد وفى الثمن .

أما إذا لم يكن قد وفاه ، كان أجدى له من الرجوع بالضمان أن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٣٦ .

يمتنع عن وفاء الثمن بعد استحقاقه . وقد قرر المشرع للمشترى هذا الحق فى بعض الحالات حتى لايعتبر امتناعه عن دفع الثمن بعد استحقاقه إخلالا بالتزامه .

وهى حالات ثلاث نعرض لها فى البند التالى .

الحالات الواردة بالمادة التى يجوز فيها للمشترى حبس الثمن:

يجوز للمشترى حبس الثمن بعد استحقاقه فى الحالات الثلاث الآتية :

٢٥٠ـ الحالة الأولى :

إذا تعرض أحد للمشترى مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع :

يكون للمشترى حبس الثمن إذا وقع من الغير تعرض مما يضمنه البائع ، والبائع كما هو معروف لايضمن تعرض الغير إلا إذا كان تعرضا قانونيا ومستندا إلى حق سابق على البيع ، لا لاحقا عليه ما لم يكن آيلا للمتعرض من البائع .

وللمشترى حق الحبس أيضا – ومن باب أولى – إذا وقع التعرض من البائع نفسه .

وشرط الحبس فى هذه الحالة أن يكون للمشترى حق فى الرجوع على البائع بسبب التعرض ، فإذا اشترى ساقط الخيار مثلا أو اشترط البائع عدم الضمان مع علم المشترى وقت البيع بسبب

التعرض ، لم يكن للمشترى رجوع على البائع ، وبالتالى لم يكن له حق فى حبس الثمن إذا وقع له تعرض من الغير (١).

٢٥١ـ الحالة الثانية :

إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى :

ظاهر أن المشرع فى حبس الثمن فى هذه الحالة لم يشترط ما يشترط فى الرجوع بالضمان من حيث تحقق التعرض أو الاستحقاق فعلا ، ولا من حيث عدم علم المشترى وقت العقد بسبب التعرض أو الاستحقاق ، لأن استعمال المشترى حق حبس الثمن أخفُ وطأة على البائع من استعماله دعوى ضمان الاستحقاق ، فاكتفى فيه بمجرد خشية التعرض . على أن تكون هذه الخشية مبنية على أسباب جدية (٢).

والحكمة من إعطاء المشترى حق حبس الثمن فى حالة ثبوت حقوق للغير على المبيع أنه إذا ما أرغم على دفعه ، ثم تحقق التعرض والاستحقاق ، فقد لايجديه الرجوع على البائع إذا كان معسرا أو مفلسا .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٤٨ ومابعدها- محمد شكرى سرور- ص ٣٩٦- محمد كامل مرسى ص ٣٧١ .

(٢) سليمان مرقس ص ٤٢٨ – محمد لبيب شنب ص ٢٣٨- أنور سلطان ص ٣٣٦ .

ولذلك فإن حق المشترى فى احتباس الثمن يزول بزوال الخطر الذى يهدده ، إذ تنتفى حينئذ العلة من حبس الثمن .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد نص المادة ٣٣١ من القانون المدنى الملغى والتى تقابل المادة ٢/٤٢٧، ٣ من القانون القائم أن المشرع لم يقصر حق المشترى فى حبس الثمن على حالة وقوع تعرض له بالفعل وإنما أجاز له هذا الحق أيضا ولو لم يقع هذا التعرض إذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده . فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله " .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/١٩)

٢- " مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع أجاز للمشترى الحق فى حبس الثمن إذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده ، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده ، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق

بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله ، فعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لايكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق ، لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن، مادام أنه لم يشترِ ساقط الخيار ".

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٤)

٣- " مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن المشرع أجاز للمشترى الحق فى حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده ، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يتهدده " .

(طعن رقم ٣٩٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥)

٤- " فى العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضى به المادة ١٦١ من القانون المدنى إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وقد أجاز المشرع تطبيقا لهذا الأصل فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ للمشترى ما لم يمنعه شرط

فى العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع مـن يـده، ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فـى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ، ولو كـان مسـتحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده ، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هـذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله فعلـم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فـى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته فى الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار .

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢٥/١٠)

٥- " مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدنى – وعلى مـا جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع أجاز للمشترى إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده الحـق فـى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مسـتحق الأداء حتـى يزول الخطر الذى يتهدده " .

(طعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٦)

ومن أمثلة السبب الذى يولد الخشية من نـزع المبيـع مـن المشترى ما يأتى :

(أ)- أن يكتشف المشترى أن المبيع غير مملوك للبائع [1].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لم يقصر المشرع فى المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدنى حـق المشترى فى حبس الثمن على وقوع تعرض له بالفعل ، وإنما أجاز له هذا الحق أيضا ولو لم يقع هذا التعرض، إذا تبين له وجودسبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده ، وتقدير جديـة الشـبب الذى يولد الخشية فى نفس المشترى من نزع المبيع من تحت يـده هو من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع ، ولا رقابة عليـه فى ذلك لمحكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفـى لحمله . وإذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قـد انتهـى فـى استدلال سديد، إلى أن عدم تسجيل الطاعن عقد مشتراه العرفى من المالكين الأصليين من شأنه أن يولد فى نفس المطعون ضده خشـية جدية تؤذن بنزع العقار من تحت يده ، فإن ما يثيره الطـاعن بعـد ذلك بشان جدية هذه الخشية لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا لايقبل أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٩٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥)

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢١٥ – محمد شكرى سرور ص ٣٩٧ .

(ب) – عدم صدور قرار الجَهة الإدارية المختصـــة بالموافقــة على تقسيم أرض البناء .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ خلت الأوراق مما يفيد صدور موافقة الجهة المختصة على التقسيم وقد تضمن دفاع الطاعنين التمسك ببطلان العقـد لمخالفتــه القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ومن ثم يكون العقــد- وقـد خــالف الحظر المنصوص عليه بالمادة العاشرة من القانون باطلا بطلانــا مطلقا وإذ أورد الحكم المطعون فيه بمدوناتــه أن الأرض المبيعــة تخضع لقانون تقسيم الأراضى ولم يصدر قــرار بالموافقــة علــى التقسيم ورتب على ذلك توافر السبب الجدى لخشية المطعون ضده الأول بصفته من نزع الأرض المبيعة من يده ويحق له حبس باقى الثمن دون ترتيب،بطلان العقد جزاء مخالفة الحظر المشــار إليــه يكون مخطئا فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٥١٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٧/٤/١٩)

(ج) إدانة مالك العقار المبيع فى تهمة إقامــة البنــاء بــدون ترخيص وخارج خط التنظيم والقضاء بإزالة العقار :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وحيث إن هذا النعى فى محله . ذلك بــأن المشــرع أجــاز للمشترى فى المادة ٤٥٧ من القانون المدنى الحق فى حبس الــثمن

إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده . ولما كان مفاد هذا النص أن مجرد قيام هذا السبب ولو لم يكن للبائع يد فيه . يخول للمشترى الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله وكان علم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لايكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده ويكون فى ذات الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن مادام أنه لم يشترِ ساقط الخيار. لما كان ذلك وكان تقدير جدية هذا السبب – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع . إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفى لحمله ، كما وأنه لايحول دون استعمال هذا الحق تضمين العقد الشرط الفاسخ جزاء عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه ذلك أن هذا الشرط لايتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان من حق المشترى قانونا أن يحبس الثمن من البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا . لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد استدل على نفى حق الطاعنين فى التمسك بحق حبس ما لم يؤدوه من الثمن على قوله ((أن المخالفات التى وردت على عين التداعى فهى من شأن المالك والجهات التى حررت المخالفات ضده

كما وأن هذه المخالفات ليست من قبيل العيب الخفى وأنه كان يتعين على المشترى (............) أن يتحرى بمعرفته حالة العقار الذى به عين التداعي ووضعه القانونى . كما وأنه فى إمكان المشترى أن يرى إذا لحقه ثمة أضرار من جراء تلك المخالفات المنسوبة إلى المالك البائع أن يرجع عليه بدعوى مستقلة ... كما يكون للمشترى أن يرجع على بائعه بالثمن بدعوى مستقلة إذا امتنع هذا البائع عن رده إليه وذلك كأثر من آثار فسخ العقد . وحيث إنه بالبناء على ما تقدم .... وإذ كان هذا العقد فى بنده السابع قد تضمن الفسخ إذا تأخر المشترى فى سداد أربعة أقساط وقد أعذره البائع مما يتعين معه فسخ هذا العقد على أن تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد) .

وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده الأول قد أتهم فى الجنحة رقم ..... لسنة ١٩٨٦ باب شرقى بإقامة العين بدون ترخيص وخارج خط التنظيم قضى بإدانته فيها مع الإزالة فإن من شأن ذلك أن ينشئ للطاعنين الحق فى حبس ما لم يدفع من باقى الثمن ويقف حائلا دون إعمال الشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه فى العقد بما يعيب الحكم – حين أعمله- بالخطأ فى تطبيق القانون ويوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن ".

(طعن رقم ١٠٧١ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/٣/٢٠- غير منشور)

(د) اكتشاف المشترى أن ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ وخشى أن يكون هذا الشرط قد تحقق ، أو معلقة على شرط واقف وخشى أن يكون هذا الشرط لم يتحقق [١].

(هـ) اكتشاف المشترى أن المبيع مثقل بحق رهن أو امتياز أو حق اختصاص أو حق ارتفاق [٢].

غير أن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لايخول حق حبس الثمن .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لايخول المشترى حق حبس الثمن . حتى يتحقق من خلوها من التسجيلات وبخاصة بعد أن يكون قد تسلم المبيع فإن القانون إذ رسم الطريق لحماية حقوق المشترى من الخطر الجدى الظاهر الذى يهددها قد ألزمه بدفع الثمن .

(طعن رقم ٤٨ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤٢/٥/٢٨)

---

(١) السنهورى ص ٧٨٩ .

(٢) خميس خضر ص ٢٧٧ – محمد شكرى سرور ص ٣٩٧ .

٢٥٢- جدية التخوف من نزع المبيع من يد المشترى :

يشترط أن يتوافر لدى المشترى سبب جدى يخشى معه نزع الملكية من تحت يده . ولكن لايكلف المشترى بإثبات أن حق المتعرض صحيح بل يكتفى منه بأن يبين أن هذا الحق له أساس ولو فيما يبدو للناس . أما مجرد الخوف والتوهم فلا يكفيان لحبس الثمن [١].

وتقدير هذه الجدية من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مجادلة الطاعنة فى جدية الأسباب التى تخول للمطعون ضدهم حق حبس الباقى من الثمن والوفاء به بطريق الإيداع مجادلة موضوعية غير مقبولة لأن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه فى ذلك على أسباب سائغة ولها سندها فى الأوراق وتكفى لحمله ".

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)

٢- " مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدنى أن المشرع أجاز للمشترى الحق فى حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده وتقدير جدية السبب الذى يولد

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٤٣٠ الهامش .

الخشية فى نفس المشترى من نزع المبيع من يده هو- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور التى تستقل بها محكمة الموضوع ولا رقابة عليها فى ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله " .

(طعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/١١/١٨)

٣- " أجاز المشرع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- للمشترى إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده ، الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يتهدده ولئن كان تقدير جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضى الموضوع إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفى لحمله " .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٣١)

٤- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة ٢/٤٥٠ من القانون المدنى أن المشرع وإن أجاز للمشترى الحق فى حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده إلا أن تقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشترى من نزع المبيع من تحت يده هو عن الأمور التى تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها فى ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله ".

(طعن رقم ١٤٥٥ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٦/١٤)

٥- أجاز المشرع للمشترى فى المادة ٤٥٧ من القانون المدنى الحق فى حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده ومفاد ذلك أن مجرد قيام هذا السبب يخول للمشترى الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الآداء حتى يزول الخطر الذى يهدده ، ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله . وإذ كان تقدير جدية هذا السبب- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع، إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفى لحمله ، وإذا ما تمسك المشترى أمام محكمة الموضوع بحقه فى حبس الثمن مستنداً فى ذلك إلى سبب يتسم بالجدية ، يتعين على تلك المحكمة أن ترد على هذا الدفاع بأسباب خاصة باعتباره دفاعاً جوهريا يتغير به- إن صح- وجه الرأى فى الدعوى ، وإلا شاب حكمها القصور المبطل ".

(طعن رقم ٣٢٣٠ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٩)

٦- " لما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف – فى المذكرتين المقدمتين منه بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٥ ، ١٩٩٨/٥/٥ بحقه فى حبس الباقى من ثمن الشقة خشية أن ينتزعها الغير من تحت يده ، وقدم تدليلاً على جدية هذا

السبب كشفاً رسمياً صادراً من الضرائب العقارية ثابت فيه أن العقار الكائن به شقة التداعى مملوك لغير البائع له- المطعون ضده- وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع إيراداً ورداً على الرغم من أنه دفاع جوهرى من شأنه - لو صح- أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، واقتصر على بحث الشرط الفاسخ وخلص إلى تحققه ، ورتب على ذلك قضاءه بتأييد ما قضت به محكمة أول درجة من فسخ عقد البيع وتسليم الشقة إلى المطعون ضده فإنه يكون قد ران عليه القصور المبطل مما يعيبه ".

(طعن رقم ٣٢٣٠ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٩)

٢٥٣- لاينفى الحق فى الحبس علم المشترى بوجود حقوق الغير :

يستطيع للمشترى حبس الثمن إذا خاف نزع المبيع من يده ولو كان يعلم وقت العقد بوجود حقوق الغير التى يخشى منها على انتفاعه، فالمشرع لم يرد ربط قيام الحق فى الحبس بخطر يظهر بعد خفاء ، بل أراد ربطه بوجود خطر نزع المبيع من تحت يد المشترى ، خافيا كان وقت الشراء أو غير خاف[١].

كما قد يكون المشترى معتمدا على البائع لدفع هذا التعرض قبل استحقاق الثمن أو الباقى منه فى ذمته .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٣٨- سمير تناغو ص ٣٥٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن علم المشترى وقت الشراء بسبب نزع الملكية لاينافى ثبوت حقه فى حبس الثمن ، لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدده ويكون فى الوقت نفسه معولا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن . وإذا كان النص العربى للمادة ٣٣١ من القانون المدنى قد قال فى بيان شرط الحبس " إذا ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية " فهو لم يرد ربط قيام حق الحبس بخطر يظهر بعد خفاء بل أراد ربطه بوجود خطر نزع الملكية ، خافيا كان وقت الشراء أو غير خاف . وهذا هو الحكم المستفاد من صريح النص الفرنسى للمادة المذكورة حيث تقول (s'ily a pour lui danger d'eviction) وإذن فجهل المشترى سبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرطا فى قيام حقه فى الحبس . أما علمه بهذا السبب فقد يصلح أو لا يصلح دلالة على تنازله عن حق الحبس ، وذلك على حسب ما ينبئ به واقع الدعوى . فإذا أقام الحكم قضاءه بعدم تخلى المشترى عن حقه فى الحبس على أدلة كافية لحمله فلا سبيل عليه من بعد " .

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/١٢/٤)

٢- " علم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لايكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد

يكون محيطا بالخطر الذى يتهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار. وإذ كان اكتشاف المشترى أن المبيع أو بعضه غير مملوك للبائع يعتبر من الأسباب الجدية التى يخشى معها نزع المبيع من تحت يده فإنه يجوز للمشترى أن يحبس ما لم يؤده من الثمن حتى ولو كان المالك الأصلى لم يرجع عليه بدعوى الاستحقاق أو ينازعه بعد فى المبيع ".

(طعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/١٩)

٣- " علم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدده ويكون فى ذات الوقت معتمدا على البائع لدفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن " .

(طعن رقم ٣٩٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥)

٤- " ... وعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدده ويكون فى ذات الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن ، وتقدير جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضى

الموضوع إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه فى هذا الخصـــوص علـــى أسباب سائغة تكفى لحمله ".

(طعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٦)

٢٥٤ـ الحالة الثالثة :

إذا كشف المشترى عيبا فى المبيع مما يوجب ضمان البائع :

لم يكن حق الحبس فى هذه الحالة منصوصا عليه فـــى التقنـــين الملغى . ولكن واضعى التقنين الحالى رأوا أنه مادام المشترى الذى يكشف العيب الخفى بعد دفع الثمن يكون له حق الرجوع على البائع بضمان العيوب فإنه إذا كشف العيب قبل الدفع يكون أولى بحـــبس الثمن من المشترى الذى لايكشف إلا سببا معقـــولا يخشـــى معـــه التعرض، فسووا بين الحالتين ونصوا فى شأنهما على حق المشترى فى حبس الثمن[1] .

ولذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة ٤٥٧ مـــدنى علـــى أن : "ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما إذا كشف المشترى عيبا فى المبيع ".

٢٥٥ـ هل يجب قصر حق المشترى فى الحبس على جزء مـن الثمـن ؟

إذا كان التعرض الحاصل للمشترى فى وضع يده على المبيـــع بدعوى حق سابق على المبيع أو آيل من البائع ، على جـــزء مـــن

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٣٠ .

المبيع فقط ، فلا يجوز للمشترى أن يحبس عن البائع إلا قيمة هــذا الجزء ، ولايجوز له حبس جميع الثمن بدعوى أنه يستحق تعويضا قبل البائع، لأن الحكم بالتعويض أمر غير مؤكد ، ولأن المشــرع- كما سنرى- أجاز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إذا قدم كفيلا بــه ولم يلزمه بتقديم كفيل بالتعويض . وإذا حصل خــلاف فــى قيمــة الجزء الواقع فيه التعرض وجب الرجوع إلى القضاء لتقدير قيمــة هذا الجزء (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يشترط لقصر حق المشترى فى الحبس على جزء من الــثمن يتناسب مع الخطر الذى يتهدده ، أن يكون عالما وقت استعمال حق الحبس بمقدار هذا الخطر، وإذ يبين من الحكم الابتدائى - الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه - أنه رفض حق الطــاعنين فى حبس باقى ثمن الأرض المبيعة ، استنادا إلى مجرد القول بــأن وجود قيد تسجيل تنبيه نزع ملكية على الأرض وفاء لمبلغ ٧٩٨٦ج و٢٦٥م لايكفى كمبرر لحبس كل الباقى من الثمن وقدره ٢٤٤٩٥ ج ودون أن يستظهر الحكم علم الطاعنين بمقدار هذا الدين فى الوقت الذى استعملوا فيه حقهم فى الحبس ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٣١)

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٤٢٩ - أنور سلطان ص ٣٣٦.

٢٥٦ـ استعمال حق الحبس لا يتطلب إنذارا أو ترخيصامن القضاء :

لم يتطلب القانون لاستعمال المشترى الحق فى حبس الثمن عن البائع توجيه إعذار إلى البائع أو الحصول على ترخيص من القضاء بذلك .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" استعمال الحق فى الحبس لايقتضى إعذارا ولا الحصول على ترخيص من القضاء " .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/١٩)

٢٥٧ـ لايجوز حبس الثمن عند القضاء بأدائه :

إذا حكم بإلزام المشترى بأداء الثمن إلى البائع فإنه يندرج فى هذا القضاء عدم أحقية المشترى فى حبسه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

أحقية البائع لاقتضاء باقى ثمن المبيع وحق المشترى فى حبسه وجهان متقابلان لشئ واحد والقضاء بأحقية البائع لباقى الثمن وبإلزام المشترى بأدائه يندرج فيه حتما القضاء بأن المشترى لايحق له أن يحبسه وتكون دعوى المشترى بأحقيته فى حبسه خشية استحقاق المبيع كله أو بعضه للغير عودة لاتجوز إلى ذات النزاع

الذى حاز القضاء السابق فيه قوة الأمر المَقضى وإلا انقلب دفعه بعدم تنفيذ التزامه إلى دفع بعدم تنفيذ الحكم الصادر ضده ".

(طعن رقم ٣١٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٢/١١)

٢٥٨ـ سقوط حق المشترى فى حبس الثمن :

يسقط حق المشترى فى حبس الثمن فى ثلاث حالات هى:

١- إذا نزل المشترى صراحة فى عقد البيع أو فى وقت لاحق عن حقه فى حبس الثمن .

وهذا النزول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، وفى الحالتين يجب أن يثبت اتجاه إرادة المشترى إليه ، فهو لايفترض ، ولذلك فإن مجرد تحرير المشترى سندا إذنيا لمصلحة البائع بالثمن أو بجزء منه لايعتبر نزولا عن الحق فى الحبس ، ولايمنع المشترى من الامتناع عن دفع الثمن ولو كان البائع قد حول هذا السند إلى شخص آخر.[1]

ويفسر هذا كون نص المادة ٤٥٧ مدنى ليس نصا آمرا ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه[2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تخلف الطاعن عن الوفاء بباقى الثمن بغير حق يجعله مخلا بالتزاماته قبل البائع وليس له الحق فى حبس باقى الثمن لأنه

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٣٩ .

(٢) سليمان مرقس ص ٤٢٢ .

توافر لديه علمه بالمبيع وسند ملكية البائع له عند تحرير العقد فضلا عن أنه تنازل عن حقه فى حبس الثمن بموجب الاتفاق فى العقد، وإذ كان ما استخلصته المحكمة فى هذا الخصوص استخلاصا سائغا يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها فإن النعى على الحكم المطعون فيه – الذى قضى بفسخ العقد– بهذه الأسباب يكون على غير أساس ".

(طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥)

٢– " إذا دفع المشترى الثمن بعد العلم بالسبب الموجب لحبسه، إذ يعتبر بذلك قد نزل ضمنا عن حقه فى الحبس ، فلا يجوز له أن يطالب البائع برد الثمن إليه ليستعمل عليه حق الحبس [١]، وإنما يجوز له الرجوع عليه بالضمان وفقا للأحكام التى ذكرناها عند دراسة الضمان . وهذه الأحكام لاتخول المشترى الرجوع بضمان الاستحقاق إلا إذا كان المبيع قد استحق فعلا . أما إذا اقتصر الأمر على ظهور سبب يخشى معه الاستحقاق ، فلا يكون للمشترى إلا فسخ البيع .

بل يذهب البعض إلى أن حق الحبس يسقط بالدفع حتى لو أن المشترى وقت أن دفع الثمن لم يكن عالما بقيام سبب لحبسه [٢].

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٢٢ .

(٢) السنهورى ص ٧٩٢ .

٣- أن يزول سبب حق المشترى في حبس الثمن ، بأن انقطـــع التعرض بنزول المتعرض عما يدعيه ، أو زال الخطر بـــأن دفـــع البائع مثلا لمن له رهن على المبيع الدين المضــــمون بـــالرهن أو شطب القيد المأخوذ على المبيع ، أو أصلح البائع العيب الذى كشفه المشترى فى المبيع أو عوضه عنه التعويض الكافى [١].

٤- إذا علم المشترى وقت البيع بوجود ســـبب الاســـتحقاق أو العيب الخفى وكان قد اشترى ساقط الخيار . لأنه لو دفع فى هـــذه الحالة لا يكون له رجوع بالضمان (م٢/٤٤٦، م٢/٤٤٧) فلا يكون له حق حبس الثمن قبل دفعه .

أما مجرد علمه بالخطر الذى يتهدده دون أن يقبـــل أن يكـــون شراؤه ساقط الخيار ، فإن ذلك لايسقط حقه فى الحبس [٢].

٢٥٩ـ حق البائع فى استيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا :

لايجوز للمشترى حبس الثمن فى الحالات الثلاثة سالفة الـــذكر. إذا طالبه البائع بأداء الثمن على أن يقدم له كفيلا . إذ يسقط فى هذه الحالة حقه فى الحبس .

ويصح أن يقدم البائع بدلا من الكفيل أى تأمين عينى كاف سواء قدم هو هذا التأمين أو قدمه غيره (كفالة عينية) ، وذلك طبقا لـــنص المادة ١٧٧٤ مدنى التى تقرر أنه : " إذا التزم المدين بتقديم كفيل ،

---

(١) السنهورى ص ٧٩٣ ومابعدها .

(٢) سليمان مرقس ص ٤٣٣ .

وجب عليه أن يقدم شخصا موسرا ومقيما فى مصر ، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا "[١].

ويتضح من ذلك أن المشرع قد رجع فى حق المشترى فى حبس الثمن إلى القواعد العامة فى حق الحبس . وذلك على عكس الحال فى حق البائع فى حبس المبيع إذ طبقا للمادة (٤٥٩) مدنى للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له من الثمن ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة .

ولعل العلة فى هذه التفرقة هى أن للبائع حق امتياز على المبيع فهناك تأمين كاف لحقه ، وهو بذلك ليس فى حاجة إلى مزيد من الضمان ، وإنما هو فى حاجة إلى استيفاء الثمن. أما المشترى فيكفيه أن يقدم له تأمين يضمن له استيفاء ما قد يلزم به البائع[٢].

وهذه الكفالة تضمن للمشترى ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض والاستحقاق أو على ضمان العيب من تعويض . ولذلك فإن هذه الكفالة تكون بمقدار الثمن الجائز حبسه ، ولو زاد التعويض المستحق للمشترى بعد ذلك عن الثمن ، فالحكمة من الكفالة مجرد ضمان حصول المشترى على الثمن فقط إذا أصبح له وجه لاسترداده [٣].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٥٣- اسماعيل غانم ص٢١٦ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٢١٦ .

(٢) السنهورى ص ٧٩٤ هامش (٢) - أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٤٣٢ .

وإذا كان هناك اتفاق على أن المشترى لايدفع الثمن إلا بعد أن يشطب البائع القيود المتخذة على المبيع ، كان للمشترى ألا يدفع الثمن ولو قدم البائع له كفالة إلا بعد شطب القيود[1].

كذلك يحق للمشترى حبس الثمن بالرغم من تقديم الكفالة إذا أراد تطهير المبيع من الرهن ووجب لذلك أن يستبقى الثمن في يده لعرضه على الدائن المرتهن[2].

وإن كان البيع ملحوظا فيه وفاء الديون التى على العين المبيعة من الثمن ، أغنى عن تقديم الكفالة أن يطلب البائع من المشترى ايداع الثمن خزانة المحكمة على ذمة الدائنين للوفاء بديونهم .

---

(١) السنهورى ص ٧٦٤ هامش (١) - سليمان مرقس ص ٤٣٤ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٥٥٤- والتطهير هو إجراء بمقتضاه يعرض الحائز للعقار المرهون على الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته قيمة العقار ، فإذا قبلوا هذا العرض دفع لهم الحائز هذه القيمة حسب ترتيب تزاحمهم وتخلص العقار من جميع الرهون حتى التى لم يصب أصاحبها شئ من قيمة العقار . فإذا لم يقبل الدائنون أو البعض منهم هذا العرض وجب عليهم أن يطلبوا بيع العقار ولو كانت ديونهم غير حالة . وهذا الحق يظل للحائز حتى يوم إيداع قائمة شروط البيع ، وهذا الإيداع هو المرحلة السابقة مباشرة على طرح العقار فى المزاد (م١٠٦٤ مدنى) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن القانون إذ جعل للمشترى ، فى حالة ظهور سبب يخشى منه نزع ملكية المبيع ، حق حبس الثمن إلى أن يزول هذا السبب قد ألزمه بدفع الثمن متى طلبه البائع وقدم له كفالة ، فإن هو لم يدفع الثمن بعد ذلك كان للبائع الحق فى طلب فسخ البيع ، فإذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن المشترين قد تسلموا العين المبيعة ولم يدفعوا سوى جزء من الثمن حتى استحق عليهم القسط الثانى منه، وكان هذا البيع ملحوظا فيه وفاء الديون التى على العين المبيعة من الثمن ، ثم أنذرهم البائع بإيداع الثمن خزانة المحكمة على أن يستحضر الدائنين المسجلين ويوفيهم ديونهم مقابل تطهير العين المبيعة من حقوقهم عليها ، ومع ذلك لم يودعوا، فطلب البائع فسخ البيع ، فقضت المحكمة برفض هذا الطلب مؤسسة حكمها على مجرد أن المشترين استخرجوا فى نفس الشهر الذى حصل فيه البيع شهادة عقارية دالة على أن العين المبيعة كانت مثقلة باثنى عشر تسجيلا أربت على ألفى جنيه ، وأن هذه الشهادة شملت جملة تنبيهات عن نزع ملكية العين ، وأن هذه الحالة تشفع للمشترين فى حبس الثمن لمثول خطر نزع الملكية ، فهذا القضاء يكون مخالفا للقانون . إذ الإيداع بالخزانةهو خيركفالة يمكن أن يطالب بها المشترى ، فعليه متى طلب إليه ذلك أن يودع الثمن مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع . ولايعد

عذرا فى حبس الثمن أن تكون الديون زائدة عليه مادام المشـــترى غير مطلوب منه أن يودع أكثر من الثمن ومادام هو لـــيس لـــه أن يطلب أكثر من تطهير العين قبل صرف الثمن إلى البائع " .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١)

٢- " إذا كان اقتضاء البائع لباقى الثمن مشروطا بأن يكون قد أوفى بالتزامه بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليها من حقـــوق ، فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من من عدم الاعتداد بإيـــداع المشترين لباقى الثمن ، لتعليق الصرف على القيام بتطهير العين ، قول لايصادف صحيح القانون ، ذلك أنه متى كان للمشترين الحـــق فى حبس الباقى من الثمن ، فإنهما إذ قاما بإيداعـــه مـــع اشـــتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع ، فإن هذا الإيداع يكون صحيحا وتترتب عليه آثاره القانونية فتبرأ ذمتهما من الباقى عليهما من الثمن ".

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٤)

وتقديم البائع كفالة لإسقاط حق المشترى فى حبس الثمن يعتبـــر رخصة له ، ولايمكن للمشترى إلزامه به ، فالبائع حر فى أن يقـــدم الكفالة ليقبض الثمن أولا يقدمها فيترك الثمن فى يد المشترى [١].

فإذا شاء البائع استعمال هذه الرخصة ، وأنذر المشترى برغبته فى ذلك ، وأذعن المشترى لهذه الرغبة بأن قبل الكفالة المقدمة لـــه

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٥٣ .

وأدى الثمن انتهى الأمر ، وإلا قاضاه البائع وعرض على المحكمة ضمان الكفيل الذى يتقدم به ، فتحكم هى إذا لم يكن ثمة اعتـراض على الكفالة المقدمـة بقبولهـا وبـإلزام المشـترى بـدفع الـثمن والمصاريف والأتعاب .

أما إذا لم ينذر البائع المشترى بذلك ورفع الدعوى مباشرة ولـم يعارض المشترى فى دفع الثمن مقابل الكفالة ، كان البائع مخطئـا فى رفع الدعوى بذلك دون إنذار وحكم عليـه هـو بالمصـروفات والأتعاب .

وإذا لم يستعمل البائع حقه فى المطالبة بالثمن مقابل تقديم كفيل حتى تحقق الخطر الذى كان يهدد بنزع المبيع من يد المشترى، فإن حقه فى ذلك ينقضى لأن نزع المبيع من يد المشـترى يـؤثر فـى وجود الالتزام بالثمن ، فلا يكون للبائع المطالبة به أصلا [(١)].

٢٦٠ـ عدم ورود حالات حبس المشـترى الـثمن علـى سـبيل الحصر :

إن حالات الحبس الثلاث التـى تـنص عليهـا المـادة (٤٥٧) لاتستنفذ كافة الحالات التى يجوز فيها للمشترى حبس الثمن. فهـذه الحالات إنما تتصل جميعا بالتزام البائع بالضمان ، إمـا التزامـه بضمان العيوب الخفية ، وإما التزامه بضمان التعرض ، وإن كـان

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٣٤ .

المشرع قد توسع بالنسبة لهذا الالتزام الأخير فلم يقصر الحبس على حالة وقوع التعرض فعلا بل أجاز للمشترى حبس الثمن إذا كان يخشى على المبيع أن ينزع من يده لأسباب جدية .

غير أن التزامات البائع لاتقتصر على الالتزام بالضمان .

ولذلك يخضع حق المشترى فى حبس الثمن أيضا لحكم القواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين ، والتى تنص عليها المادة ١٦١ مدنى بقولها : " فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به " . وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ ، وهو تطبيق للحق فى الحبس المقرر فى المادة (٢٤٦) على العقود الملزمة للجانبين والتى تنص على أن : "١- لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين وهو مرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع ".

وبناء على هذا الحق العام فى الامتناع عن التنفيذ يجوز للمشترى أن يمتنع عن دفع الثمن إذا لم يقم البائع بتنفيذ أحد

التزاماته الناشئة من عقد البيع ، كأن يمتنع البائع عن تسليم العـين، أولا ينفذ التزامه بنقل الملكية ، كما لو تأخر فـي تسـليم سـندات التمليك إلى المشترى حتى يتمكن من التسجيل ، وهكذا [١]. شريطة ألا يتم الاتفاق بين الطرفين على حرمان المشترى من حق الحبس .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الثابت أن الطاعن تمسك فى دفاعه بأنه لا يحق للمطعون ضدهم طلب فسخ العقد طالما أنهم لـم ينفـذوا التـزامهم بتسليمه الأرض المبيعة وتمكينه من وضع يده عليها ، وأن من حقه إزاء ذلك أن يقف تنفيذ التزامه بباقى الثمن حتى يـوفى المطعـون ضدهم من التزامهم بالتسليم ، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفـى بالرد على ذلك بأن العقد قد خلا من ترتيب أى التزام على عـاتق المطعون ضدهم من حيث تسليم الأرض المبيعة وتمكين الطـاعن من وضع يده عليها ، فإن ذلك من الحكم خطأ فى القانون ، ذلك أن الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التى تقع على عـاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تمـام العقد ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ".

(طعن رقم ٦ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨)

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٤٧ ومابعدها – خميس خضـر ص ٢٧٩- محمد لبيب شنب ص ٢٣٧.

٢- " حق المشترى فى حبس الثمن وإن ورد فيه نص خـاص هو نص المادة ٢/٤٥٧، ٣ من القانون المدنى- ليس إلا تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ وللحق فى الحبس بوجه عام المنصوص عليهما بالمادة ٢٤٦ منه ، ومقتضى هذا النص أنه لايجوز للدائن أن يستعمل الحق فى الحبس إذا كان هو البادئ فى عدم تنفيذ التزامه فيمتنع على المشترى استعمال الحق فى حبس الثمن مادام لم يقم من جانبه بما هو ملزم به قانونا وبحكم العقد ، إذ لا يصح فى هذه الحالة اعتبار البائع مقصرا فى الوفاء بالتزاماته قبله ، ولما كان الثابت فى الدعوى أن عقد البيع المؤرخ ... قد تضمن الاتفاق على التزام الطاعن بإيداع الثمن المحدد به أحد البنوك بمصر مقابل تسليم الأسهم لها وكانت الطاعنة لم تقم بتنفيذ الالتزام من جانبها فى الميعاد كما هو مقرر فى العقد وطبقا لما يشترط القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ بتنظيم الرقابة على عمليات النقد ولائحته التنفيذية رقم ١٨٩٢ لسنة ١٩٦٠ من وجوب إيداع الثمن المقدر بالعملة الأجنبية أحد البنوك فى جمهورية مصر العربية وهو ما يخول البائع- المطعون ضده الأول- اعتبار ذلك العقد مفسوخا بقوة القانون ويجعله فى حل أن يعتبر الأسهم المبيعة لم تنتقل من ملكه، ويحق له أن يتصرف فيها تصرف المالك وهو ما اختاره المطعون ضده الأول فعلا ، وباع هذه الأسهم مرة أخرى للمطعون ضدها الثالثة

مما يمتنع معه على الطاعنة التحدى بحبس الثمن لأنها هـى التـى أخلت بالتزامها " .

(طعن رقم ١٢٢٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٥/٤)

٣- " المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أن عقد البيـع عقـد تبادلى ينشئ بين طرفيه التزامات متقابلة . وقد أوجبت المادة ٤٣٩ من القانون المدنى على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانبـه للمشترى فى حيازته للمبيع وكان التعرض الشخصى الذى يضـمنه البائع فى مفهوم هذه المادة هو كل عمل يعكر على المشترى حقـه فى حيازة المبيع والانتفاع به ، وهذا الالتزام المستمر على عـاتق البائع يقابله التزام المشترى بأداء الثمن ، وقد خولت المواد ١٦١، ١/٢٤٦، ٢/٤٥٧ من القانون المدنى المشترى حق حـبس الـثمن حتى يمتنع التعرض " .

٤- " إذ كان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك بحقه فى حبس الثمن على سند من إتيان الشركة المطعون ضدها وتابعيهـا أفعـالاً مادية أعاقت وصول مياه الرى لأرضه بما يكفى لزراعتها ودلـل على ذلك بما قدمه من محاضر إدارية أجرى محرروهـا معاينـة للأرض وللتعديات التى نسبها إلى الشركة ، وكـان هـذا الـدفاع جوهرياً إذ من شأنه - إن صح- أن يتغير به وجـه الـرأى فـى الدعوى، وكان لايغير من ذلك نص البند التاسع عشر من كراسـة

الشروط ، إذ هو لايدل – صراحة أو ضمناً – على تنازل الطــاعن عن حقه فى حبس الثمن القائم على إخلال الشركة البائعة بالتزامها بضمان تعرضها الشخصى . فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن هذا الدفاع بانياً قضاءها بالفسخ على ما استخلصه من البند التاســع عشر المشار إليه من تنازل الطاعن عن حقه فى الحــبس ، وبمــا أورد، تقرير الخبير من أن المطعون ضدها ليست مسئولة عن رى أرض الطاعن وإنما هى مسئولية وزارة الرى ، وهو ما لايواجــه دفاع الطاعن ولايصلح رداً عليه ، الأمر الذى يجعله متسماً بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب ، فضلا عن الخطأ فى تطبيــق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب " .

(طعن رقم ٨٤٨٤ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٧)

مـــادة (٤٥٨)

١- لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عــن الــثمن إلا أعــذر المشترى أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلا أن ينــتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢- وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقــت تمــام البيــع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

الشـــرح

٢٦١- نظرة فى القواعد العامة فى الفوائد :

الفوائد طبقا للقواعد العامة نوعان : النوع الأول ، يشمل الفوائد التى يلزم بها المدين فى مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون فــى ذمته للدائن ويطلق عليها الفوائد العوضية أو التعويضية . والنــوع الثانى هو الفوائد التأخيرية وهى التى يلزم بها المدين على سـبيل التعويض عن التأخر فى الوفاء بالتزام بدفع مبلغ من النقود.

مثال ذلك أن يتفق المتعاقدان فى عقد القرض علــى أن يـدفع المقترض فائدة معينة طول مدة القرض ، فهذه فائــدة عوضــية أو تعويضية قد اشترطت عوضا يلتزم به المقترض فى مقابل انتفاعــه

بمبلغ القرض ، وهى ليست تعويضا عن التأخير ، فالمقترض طول مدة القرض ليس ملتزما برد المبلغ المقترض حتى يقال إنه قد تأخر فى الوفاء به أما بعد انتهاء المدة فإن الفوائد التى تستحق على المقترض لتخلفه عن الوفاء بالتزامه برد المبلغ تكون فوائد تأخيرية، يلزم بها المقترض جزاء تأخره فى تنفيذ التزامه .

والأصل فى الفوائد العوضية أو التعويضية أنها لاتستحق إلا إذا اتفق عليها الطرفان ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير مقابل (م٥٤٢) . أما الفوائد التأخيرية فإذا لم يُتفق عليها الطرفان فإن القانون يتولى تحديدها . ولاتسرى فوائد التأخير القانونيه إلا من وقت المطالبة القضائية بها ما لم يتفق على غير ذلك (م٢٢٦) [1].

وقد حدد المشرع سعر الفائدة القانونية المستحقة عن التأخير، وهو فى المسائل المدنية ٤% وفى المسائل التجارية ٥% (م٢٢٦ مدنى)، والأصل أن فوائد التأخير القانونية لا تسرى بنص المادة ٢٢٦ مدنى إلا من وقت المطالبة القضائية بها . ويعمل بهذا الأصل فى سريان الفوائد التأخيرية القانونية إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ، ومالم ينص القانون على غيره (م٢٢٦ مدنى) .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢١٠ – خميس خضر ص ٢٧٠ .

٢٦٢ـ الاتفاق على فوائد تعويضية للثمن :

قد يتفق المتعاقدان على أن يستحق البائع فائدة على الثمن المؤجل طوال مدة التأجيل ، كأن يتفق على تقسيط الثمن مثلا على عدد من السنوات يدفع فى نهاية كل منها القسط السنوى وفوائده . فتكون هذه الفائدة اشترطت فى مقابل تمتع المشترى بالأجل الاتفاقى مثلها مثل الفائدة التى يدفعها المقترض فى مقابل الانتفاع .

فهى فائدة دين فى ذمة المدين طوال الأجل ، ويدفع المدين طوال الأجل فى مقابل وجود هذا المبلغ فى ذمته والانتفاع به الفوائد التعويضية التى يتفق عليها مع الدائن . وعلى ذلك يظل المشترى فى هذا الصورة وبحكم الاتفاق يدفع الفوائد المتفق عليها طوال الأجل الممنوح له فى الوفاء بالثمن .

فإذا حل هذا الأجل استمرت الفوائد فى السريان وبسعرها المتفق عليه ، ولكنها تصبح فى هذه الحالة فوائد عن التأخير أى فوائد تأخيرية[1].

والفائدة التعويضية التى يتفق عليها المتعاقدان يخضع تحديد سعرها لإرادة الطرفين على ألا يجاوز سعرها بحال من الأحوال الحد الأقصى المنصوص فى المادة ١/٢٢٧ مدنى ، والتى تجرى

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٣٣ ومابعدها .

على أن : " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة ، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر ".

٢٦٣ـ الاتفاق على فوائد تأخيرية للثمن :

يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تحديد للفائدة التى تستحق عند تأخير المشترى فى دفع الثمن . ويفترض هذا أن المشترى قد منح أجلا فى دفع الثمن ، ويتفق على أنه إذا لم يقم المشترى بدفع الثمن فى ميعاده وجبت عليه الفوائد من هذا الموعد بسعر معين يجب ألا يجاوز ٧% أيضا ، ويكون هذا الاتفاق تحديدا للفوائد التأخيرية وموجبا لسريانها بمجرد حلول الأجل ، استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بأن الفوائد التأخيرية لاتستحق إلا من تاريخ المطالبة القضائية بها (م٢٢٦) ، ذلك أن القانون أجاز الاتفاق على سريان فوائد التأخير من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية بها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إذا كانت المحكمة قد أسست قضاءها بصحة التنفيذ بفوائد تأخير الأقساط المستحقة من ثمن البيع على أن محضر الصلح المطلوب التنفيذ به صريح فى احتفاظ البائع بجميع حقوقه المقررة

بعقد البيع، وعلى أن عقد البيع هذا ينص على سريان الفوائد عن التأخير فذلك منها سديد . إذ أن عقد البيع يكون في هذه الحالة متمما لعقد الصلح ومن ثم فإن الفوائد المنصوص عليها فيه تكون كأنها منصوص عليها في عقد الصلح .

(طعن رقم ٩٢ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٤)

٢- " إذا كان الحكم الاستئنافي مع تقريره أن محكمة أول درجة قد أصابت في قضائها بفسخ البيع لعدم قيام المشتري بالوفاء بالتزاماته بايداع الثمن جميعه مع الفوائد المستحقة ، والجزء الذي أودعه كان ناقصا لما شاب إيداعه من عيوب . قد اعتبر قيام المشتري بايداع ما هو مستحق من متأخر الثمن من فوائد لغاية تاريخ أيداع ذلك الجزء ورسوم الإيداع السابق خصمها من أقساط الثمن – اعتبر ذلك هو كل ما يجب على المشتري الوفاء به ، دون بيان العلة التي من أجلها لم ير موجبا لألزامه بفوائد متأخر الثمن من تاريخ الايداع الذي اعتبرته المحكمة غير مبرئ للذمة لغاية التاريخ الذي أجلت إليه الدعوى لايداع تكملة الثمن . فإن سكوته عن إيراد أسباب لقضائه في هذا الخصوص مع كون الفوائد المشار إليه مستحقة الأداء وتعد جزءا من الثمن وفقا لنصوص العقد وإعمالا لأحكام المادة ٣٣٠ والوفاء بالثمن وملحقاته شرط أساسي لتوقي الفسخ ، فإنه يكون قاصرا متعينا نقضه " .

(طعن رقم ١٥٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٥/٢٥)

سريان فوائد التأخير من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية بها :

٢٦٤ـ الفوائد التأخيرية للثمن فى القانون :

إذا لم يتضمن الاتفاق تحديدا لفائدة تعويضية تدفع فى مقابل تمتع المشترى بالأجل الممنوح له ، فلا يمكن إلزام المشترى بفائدة ما . لأن الفوائد التعويضية لا تكون إلا بالاتفاق .

أما الفوائد التأخيرية ، وهى التى تجب عند تأخر المشترى فى دفع الثمن عن ميعاد استحقاقه ، فتسرى دون اتفاق ، وتكون عندئذ فائدة قانونية . وقد حدد المشرع سعر الفائدة القانونية المستحقة عن التأخير، وهى فى المسائل المدنية ٤% وفى المسائل التجارية ٥%. ذلك أن القواعد العامة تقضى- كما ذكرنا سلفا- بأنه إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية ، وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية (م٢٢٦) .

والأصل وفقا للقواعد العامة ألا تسرى الفوائد القانونية عن التأخير إلا من تاريخ المطالبة الرسمية بها عملا بالمادة ٢٢٦ مدنى التى تجرى على أن : " وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر

لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون علـــى غيـــره " . ولكـــن المشرع خرج على هذا الأصل فيمـــا يتعلـــق بالفوائـــد التأخيريـــة المستحقة على الثمن ، وهو خروج أجازته المادة ٢٢٦ ذاتها بنصها على أن " وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " . فنصت المادة ٤٥٨ فى فقرتها الأولى على أنه : " لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هـــذا الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لـــم يوجـــد اتفاق أو عرف يقضى بغيره " (١).

وهذا ما سنعرض له بالتفصيل فيما بعد .

٢٦٥ـ وجود عرف بدفع الفوائد :

قد لايتضمن عقد البيع ما يوجب دفع فوائد تأخيرية عن الثمن ، ومع ذلك تكون الفوائد مستحقة وفقا لعرف يقضى بدفعها ، فى مثل هذه الحالات يلتزم المشترى بدفع فوائد عـــن الـــثمن ، لأن وجـــود العرف يعتبر بمثابة القاعدة القانونية المكملة فى هذا الشأن ، التـــى تطبق إذا لم يتفق المتعاقدان على مخالفة حكمها . وتحسب الفوائـــد فى هذه الحالة على أساس سعر الفائدة القانونية أى ٤% فى المسائل المدنية ، ٥% فى المسائل التجارية . ومثال ذلك إذا كان الـــثمن

---

(١) عبد الودود يحيى ص ١٥٦ ومابعدها – محمد شكرى سرور ص ٣٩٢.

يدخل فى حساب جار بين المشترى والبائع ، ويقضى العرف بحساب الفوائد القانونية على الحساب الجارى [١].

٢٦٦ـ حالة عدم وجود اتفاق أو عرف باستحقاق فوائد تأخيرية :

إذا لم يتفق المتعاقدان على استحقاق فوائد تأخيرية عن ثمن المبيع، ولم يجر عرف بذلك . فإن الفوائد تستحق طبقا للفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، لأن هذا هو الحكم واجب الاتباع عن عدم وجود اتفاق أو عرف .

وواضح أن هذا الحكم قاصر على الفوائد التأخيرية ، فلا شأن له بالفوائد العوضية أو التعويضية التى لاتستحق إلا بالاتفاق .

ونعرض للحالتين الواردتين بالنص فيما يلى .

٢٦٧ـ استحقاق الفوائد القانونية من تاريخ الإعذار :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ على أن : " لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى .... الخ " .

فإذا كان الثمن مستحقا عند العقد ، أو كان مؤجلا وحان موعد استحقاقه فإن البائع يستحق الفوائد عنه إذا هو أعذر المشترى بدفع الثمن ومن وقت هذا الإعذار .

---

(١) السنهورى ص ٧٧٨ .

وطبيعى أن الفوائد لاتسرى هنا إلا إذا حصل الإعذار بعد حلول أجل استحقاق الثمن ، فلا عبرة بالإعذار السابق على هذا الوقت[1].

وقد قدمنا أن هذا الحكم يعتبر خروجا على المبدأ العام المقـــرر فى المادة ٢٢٦ والذى يقضى بأن الفوائد القانونية المســتحقة عــن التأخير لاتجب إلا من يوم المطالبة القضائية بها .

وعلة هذا الخروج أن المشترى ليس كغيره من المــدينين مــن ناحية الضيق المالى ، فلا يجب أن يعامل معاملتهم ، خصوصا وأنه يجد فى الانتفاع بالمبيع ما يعوضه عن هذه الفوائد [2].

والإعذار – كما هو معروف – هو وضع المدين فـــى وضـــع قانونى معين ، هو وضع المتأخر فى تنفيذ التزامه إذا لم يوف بـــه فورا .

ويكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار . ويجــوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبــين فـــى قـــانون المرافعات (م٢١٩ مدنى) .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٣٦ – اسماعيل غانم ص ٢١١ .

(٢) جلال العدوى ص ٢١٩- أنور سلطان ص ٣٤٢

٢٦٨ـ استحقاق الفوائد القانونية إذا سلم البائع المبيع للمشترى وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى :

تستحق الفوائد فى هذه الحالة من وقت التسليم ويتضح من المادة ١/٤٥٨ أنه لا بد من توافر شرطين لسريان الفوائد فى هذه الحالة :

(الشرط الأول) أن يكون البائع قد سلم المبيع . والمقصود بذلك هو تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم بأن يكون قد وضع المبيع تحت تصرف المشترى وأعلمه بذلك ، ولو لم يستول عليه المشترى استيلاء ماديا[1] (م٤٣٥).

والتسليم المعول عليه فى سريان فوائد الثمن هو اللاحق للعقد ، فإذا كان المشترى حائزا المبيع قبل البيع فلا تسرى عليه فوائد الثمن بالطبع إلا من تاريخ البيع ، لأن التزامه بالثمن ، لم ينشأ إلا من ذلك الوقت . أما الحيازة السابقة فقد يكون من شأنها إلزامه برد الثمار[2] .

وإذا حصل تسليم جزئى ، التزم المشترى بفائدة جزء من الثمن يتناسب مع ما تسلمه من المبيع [3].

---

(١) السنهورى ص ٧٨٠ – محمد لبيب شنب ص ٢٤١– اسماعيل غانم ص ٢١١– محمد شكرى سرور ص ٣٩٣ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٤ .

(٣) عبد المنعم البدراوى ص ٥٣٧ – محمد لبيب شنب ص ٣٤١ ومابعدها.

ويلتزم المشترى بفوائد الثمن مادام قد تسلم المبيع على الوجه السابق ، حتى لو كان مهددا بسبب من أسباب التعرض أو الاستحقاق مادام أنه ما زال منتفعا بالمبيع ، فخشية التعرض لاتوقف سريان الفائدة . وإنما تقف الفائدة فى السريان إذا حصل التعرض بالفعل ونزعت حيازة المبيع من المشترى .

كما يلتزم المشترى بفائدة الثمن ، ولو كان له الحق فى حبس الثمن ، لأن استحقاق الفائدة هنا ليس بسبب تأخر المشترى فى الوفاء بالثمن ، وإنما حتى لايجمع المشترى بين ثمار المبيع وفائدة الثمن [1].

(الشرط الثانى) أن يكون المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى :

يشترط لاستحقاق الفوائد القانونية أن يكون المبيع الذى سلم إلى المشترى قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى .

والمقصود بالثمار هو ما ينتج من الشئ ويتصف بصفة الدورية دون أن يأتى على الأصل، سواء كانت ثمارا طبيعة أو ثمارا مدنية أو ثمارا مستحدثة بفعل الإنسان . كأن يكون المبيع أرضا زراعية أو منزلا . وأما الإيرادات الأخرى فيقصد بها الحاصلات التى تنتج

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٧٦ – محمد لبيب شنب ص ٢٤٣.

من الشئ دون أن تتصف بالدورية أو تأتى على الأصل كما هو الحال فى المناجم والمحاجر .

وقد عرضنا لذلك تفصيلا فى موضعه .

ويكفى أن يكون المبيع بطبيعته قابلا لإنتاج الثمار أو الإيرادات الأخرى ولم لم ينتج شيئا منها بالفعل إما لإهمال المشترى كما إذا لم يؤجر العقار أو لم يزرعه ، وإما لقوة قاهرة أو لأى سبب آخر[١].

ويجب التوسع فى تفسير عبارة " ثمرات أو إيرادات أخرىُ " ، فإذا كان المبيع سيارة خاصة وسلمها البائع للمشترى وجبت الفوائد القانونية على المشترى من وقت تسلم السيارة ولو أنها غير معدة للتأجير قابلة أن تنتج ريعا [٢].

أما إذا كان المبيع أرضا فضاء للبناء ولا تصلح لغير ذلك ، فهى غير قابلة لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى ومن ثم لايلزم المشترى بدفع الفوائد ، حتى لو أقام بناء عليها ، لأن الاستفادة من الأرض نتجت هنا بفعل المشترى لا من طبيعتها .

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٤٣٥ – السنهورى ص ٧٧٩- عبد المنعم البدراوى ص ٥٣٨ .

(٢) السنهورى ص ٧٧٩ .

أما إذا لم يكن المبيع قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات، فلا يلتـــزم المشترى بالفوائد ولو انتفع به ، كما لو كان قطعة مـــن الحلـــى أو لوحة زيتية ، أو كتاب .

وينتقد أكثر الشراح – بحق – التفرقة بين المبيع القابل لإنتـــاج الثمار أو الإيرادات وبين المبيع غير القابل لإنتاجها ، ويـــرون أن هذه التفرقة غير منطقية ، لأن الانتفاع بالمبيع بالمتعة الشخصية أو الزينة لا يقل فى فائدته عن الحصول على الثمرات والإيرادات [١].

ويبرر الاستثناء الوارد بالفقرة الأولى من المادة بصدد التسليم- أن الثمن هو الذى يقابل المبيع ، فمتى سلم المشترى المبيـــع وهـــو قابل لإنتاج ثمرات ولم يكن قد دفع الثمن ، ففوائد الثمن هى التـــى تقابل ثمرات المبيع ، فتجب على المشترى إلى أن يدفع الثمن [٢].

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولما كان الثمن هو الذى يقابل المبيع ، وفوائد الثمن هى التى تقابل ثمرات المبيع ، فإنه إذا استحق الثمن وأعذر المشترى بالدفع، كان الثمن وفوائده للبائع والمبيع وثمراته للمشترى .

---

(١) السنهورى ص ٧٨٠ هامش (١) – منصور مصـــطفى منصـــور ص ٢٢٢– أنور سلطان ص ٣٤٤ - سحمـــد ســـكرى ســـرور ص ٣٩٣ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٧٨١ – محمد لبيب شنب ص ٢٤٢ .

وفى أية حال يتمكن فيها المشترى من الاستيلاء على ثمـرات المبيع، حتى لو لم يكن الثمن مستحقا ، فإنه يلتـزم بـدفع الفوائـد بالسعر القانونى ، كما إذا سلم البائع المبيع وكـان قـابلا أن ينـتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضـيرية جـ٦ ص ١٤٠- وقـارن الـدكتور مصطفى منصور مصطفى ص ٢٢٣ - فيذهب إلـى أنـه يلاحـظ أن المشروع التمهيدى كان ينص فى المادة ٦٠٤ التى تقابل الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ على أن للمشترى ثمر المبيع ونماؤه ، من وقت أن يصـبح الثمن مستحقا . وعليه تكاليف المبيع ، ومن هذا الوقت أيضا ...." فقالت المذكرة الإيضاحية تبريرا لربط استحقاق الفوائد بالإعذار أو التسـليم " ولما كان الثمن هو الذى يقابل المبيع ، وفوائد الثمن هـى التـى تقابـل ثمرات المبيع ، فإنه إذا استحق الثمن وأعذر المشترى بالـدفع ، كـان الثمن وفوائده للبائع والمبيع وثمراته للمشترى ، وفى أية حال يتمكن فيها المشترى من الاستيلاء على ثمرات المبيع ، حتى ولو لم يكـن الـثمن مستحقا ، فإنه يلزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى ، كما إذا سـلم البـائع المبيع وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ولو لم ينتج ذلـك بالفعل " ومن هذا يتضح أن استحقاق الفوائد من وقت الإعذار أو التسليم يستقيم مع الحكم الذى ورد فى المشروع بخصوص استحقاق المشـترى لثمر المبيع من وقت استحقاق الثمن ، فإذا كان الثمن مؤجلا فيبقى للبائع قبل التسليم الحق فى ثمرات المبيع وابتداء من التسليم يكون له الحق فى الفوائد لأن المشترى سيحصل على ثمر المبيع . وإذا كان الـثمن حـالا بحيث يكون للمشترى الحق فى ثمار المبيع فما على البائع إلا أن يعـذر

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن المشترى لا يكون قد وفى بالتزاماته كاملة إذا لم يودع الثمن وما استحق عليه من فوائد حتى وقت الإيداع عملا بالمادة ٣٣٠ من القانون المدنى - القديم - وبدون هذا الإيداع الكامل لايمكن نفادى الفسخ المترتب على عدم قيام المشترى بالتزاماته المنصوص عليها فى العقد . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ

المشترى بدفع الثمن حتى يكون له الحق فى الفوائد فى مقابل حرمانه من الثمار .

ولكن لما عرض المشروع على لجنة المراجعة اقترح البعض تعديل الحكم الخاص باستحقاق المشترى لثمر المبيع ونمائه وجعل الاستحقاق من وقت انعقاد البيع فأقرت اللجنة الاقتراح الأخير . ومر النص بعد ذلك فى مجلس النواب والشيوخ إلى أن صدر على النحو الوارد فى المادة ٤٥٨/٢ والتى تقرر استحقاق المشترى ثمر المبيع ونمائه من وقت تمام البيع . فأصبح تعليل المذكرة ربط استحقاق الفوائد بوقت الإعذار أو التسليم غير مستقيم ، إذ لو قلنا إن الفوائد تقابل الثمرات لكان على المشترى أن يدفعها من وقت العقد حتى ولو كان الثمن مؤجلا .

وبهذا يبدو أن المنطق كان يقضى بجعل الفوائد سارية من وقت البيع، ومع هذا فالحكم الذى قرره المشرع هو الحكم المقرر فى فرنسا، ويعلله الفرنسيون بالقول إنه إذا كان التسليم مؤجلا فالغالب أن ينظم المتعاقدان بالاتفاق حقوق كل منهما فى الثمار والفوائد . وإذا لم يكن مؤجلا فالبائع يستطيع حتى يحصل على الفوائد التى تقابل حصول المشترى على الثمار أن يسلم المبيع .

قضى بفسخ البيع أقام قضاءه على أن العقار المبيع الــذى تســلمه المشترى ينتج ثمرات وأن المشترى قد اقتصر عند الايــداع علــى المبلغ الباقى عليه من الثمن دون أن يضيف إليه ما اســتحق مــن فوائد والتى لايشترط فى استحقاقها المطالبة بها قضائيا أو الاتفــاق عليها بين أصحاب الشأن فإن ما قرره هذا الحكــم صــحيح فــى القانون" .

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٣/٦)

٢- " لئن كانت المادة ٣٣٠ من القانون المدنى القــديم تقضــى بأنه لايكون للبائع حق فى فوائد الثمن فى حالة عدم الاتفاق عليهــا إلا إذا كلف المشترى بالدفع تكليفا رسميا أو كان المبيع الذى ســلم ينتج ثمرات أو أرباح أخرى بما يوحى أنه مــا لــم يحصــل هــذا التكليف فإن فوائد الثمن لا تستحق للبائع إلا مــن تــاريخ تســلم المشترى المبيع المثمر لما كانت العلة فى ربط حق البائع فى فوائد الثمن بتسليمه المبيع المثمر للمشترى هى عدم جواز جمع المشترى بين ثمرة البدلين- المبيع والثمن - وافتراض المشــرع أن وســيلة المشترى إلى التمكن من الاستيلاء على الثمرات هى تسلمه المبيــع فإنه فى أية حالة يتمكن فيها المشترى من الاســتيلاء علــى هــذه الثمرات ولو لم يتسلم المبيع فعلا فإنه يلزم بدفع الفوائــد بالســعر القانونى حتى لا يجمع بين الثمرات والفوائد ، فينتفع بالثمن والمبيع

معا . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضده (المشترى) بثمرات المبيع عن مدة سابقة على تاريخ وفائه بباقى الثمن فإنه إذ رفض القضاء للطاعن (البائع) بفوائد ما لم يكن قد دفع له من الثمن وإجراء المقاصة بين هذه الفوائد وما يعادلها من الثمرات تأسيسا على أن المبيع كان تحت يده فإن الحكم يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٣٥٩ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٦/٣٠)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للبائع- وعلى ما جرى به نص المادة ٤٥٨ من القانون المدنى – الفوائد عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشترى وكان هذا المبيع قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى ، وأن هذه الفوائد تجب بغير حاجة إلى وجود اتفاق عليها ولايعفى المشترى منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الإعفاء " .

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٣/١٣)

" إن نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى صريح فى أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشترى وكان هذا المبيع قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى وتجب هذه الفوائد بغير حاجة إلى وجود اتفاق عليها ولايعفى المشترى منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الإعفاء ، وحكم هذه المادة يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن

يجمع المشترى بين ثمرة البدلين - المبيع والثمن - ويعتبر استثناء من القاعدة المقررة فى المادة ٢٢٦ من القانون المدنى والتى تقضى بأن الفوائد القانونية لاتستحق إلا عن دين حل أداؤه وتأخير المدين فى الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها " .

(طعن رقم ١٣٧٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٢٤)

(أنظر أيضا طعنين رقمى ١٨٠٦ ، ١٨٤٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٨ المنشور ببند ٢٧٠)

٢٦٩ـ مجال تطبيق حكم الفقرة الأولى المادة (٤٥٨) :

١- يسرى حكم الفقرة الأولى من المادة (٤٥٨) الخاص بسريان فوائد الثمن من يوم تسليم الشئ المبيع على كل البيوع سواء أكانت بيوعا اختيارية أم بيوعا جبرية تتم بطريق المزاد . فللمشترى الراسى عليه المزاد ما للمشترى العادى من الحقوق . ومن ضمن ذلك استحقاقه لثمرات العين من يوم مرسى المزاد عليه ، فإذا لم يقم بدفع الثمن طبقا لشروط قائمة المزاد فللدائنين أو المدين فى هذه الحالة إرغامه على الدفع بالطرق الجبرية وحساب فائدة الثمن من يوم مرسى المزاد فى حالة ما إذا كانت العين المثمرة أو من يوم إعذاره إذا لم تكن كذلك [١].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٧٦ وما بعدها - عبد المنعم البدراوى ص ٥٣٨ - أنور سلطان ص ٣٤٤ .

أما فى نزع الملكية للمنفعة العامة ، فقد نصت المادة (٦) من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة على أن يتم تقدير التعويض بواسطة اللجنة المبينة بها وأن تودع الجهة طالبة نزع الملكية مبلغ التعويض المقرر خلال مدة لاتجاوز شهرا من تاريخ صدور القرار، خزانة الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية .

ويجوز بموافقة الملاك اقتضاء التعويض كله أو بعضه . ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٣ من القانون على أن يكون دفع التعويض لذوى الشأن أو إيداعه بأمانات الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية أو إخطار لذوى الشأن بتعذر الدفع مبرئا لذمة الجهة طالبة نزع الملكية من قيمة التعويض عن عدم الانتفاع المنصوص عليه فى المادة (١٠٤) من هذا القانون والتعويض عن عدم الانتفاع المشار إليه فى المادة الأخيرة هو " تعويض مقابل عدم الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلى إلى حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية "[١].

---

(١) وكانت المادة ١٦ من قانون نزع الملكية رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ (الملغى) تنص على أن " يكون لصاحب الشأن فى العقار الحق فى تعويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلى لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية . وكان الراجح فى الفقه قبل القانون الأخير، أن حكم

الفقرة الأولى من المادة (٤٥٨) ينطبق على التعويض المستحق عن نزع الملكية للمنفعة العامة (محمد كامل مرسى ص ٣٧٧- أنور سلطان ص ٣٤٤ ومابعدها- أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص٤٣٥ هامش ٢١).

إلا أن محكمة النقض لم تأخذ بهذا الرأى إذ قضت بتاريخ ١٩٣٣/١١/٢٣ فى الطعن رقم ٣٨ لسنة ٣ ق بأن :

" وبما أن المشرع المصرى قد نظم إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة بقانون خاص هو قانون نمرة (٥) الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٠٧ المعدل فى ١٨ يونية سنة ١٩٣١ فيجب اتباعه وتطبيقه فيما نص عليه ، وإذا خلا عن النص على مسألة من مسائل نزع الملكية يرجع فى حلها إلى القانون المدنى لتطبيق النصوص التى لاتتعارض مع نصوص قانون نزع الملكية .

وبما أن قانون ١٤ أبريل سنة ١٩٠٧عبر عن مقابل العقارات المنزوع ملكيتها تارة بالثمن وتارة أخرى بالتعويض كما جاء فى المادة السابعة منه ، فيكون نزع الملكية فى نظر الشارع هو حرمان مالك العقار من ملكه جبرا عنه للمنفعة العامة مقابل تعويضه عما ناله من الضرر بسبب هذا الحرمان ، أو هو حرمان مالك العقار من ملكه جبرا عنه للمنفعة العامة مقابل ثمنه الذى يشمل أحيانا شيئا آخر زيادة عن قيمة العقار . فعلى الاعتبار الأول لايكون نزع الملكية بيعا ولا شبه بيع ، وعلى الاعتبار الثانى قد يكون أشبه بالبيع .

وبما أن قانون نزع الملكية يلزم طالب نزع الملكية- فى حالة عدم اتفاقه وديا مع ملاك العقارات المطلوب أخذها للمنفعة العامة على الثمن أو التعويض وبعد تعيين خبير بمعرفة رئيس المحكمة المختصة لتقدير الثمن أو التعويض عن تلك العقارات وبعد تقدير الثمن أو التعويض بواسطة الخبير – بأن يودع فى خزينة المحكمة المقابل الذى قدره الخبير قبل

استيلائه على العقار ، ويمنح كلا من طالب نزع الملكية ومالك العقار حق المعارضة فى تقدير الخبير أمام محكمة إذا لم يرضه تقديره ، ويترتب على معارضة طالب نزع الملكية فى تقدير الخبير منع ملاك العقارات من صرف القدر المعارض فيه ولكنه يجيز لهم صرف ما لا معارضة فيه من قبل طالب نزع الملكية بعد تقديم شهادات عقارية بخلو الأعيان المنزوع ملكيتها من الرهن والحقوق العينية .

وبما أنه ثابت من محضر إيداع المجلس البلدى للمبلغ الذى قدره الخبير ثمنا للعقارات المنزوع ملكيتها المحرر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٩ أن المجلس لم يعارض فى صرف المدعى عليهم فى الطعن لمبلغ ٢٢٧٧ جنيه و ٨١٤ مليما بعد القيام بما أوجبته المادة ٨ من قانون نزع الملكية من تقديم شهادات عقارية بخلو المنزوع ملكيته من الرهن والحقوق العينية وبعد قيام وقف سلطان باشا بإجراءات الوقف بخصوص ١١ قيراطا و٨ أسهم المأخوذة من الوقف ، وعارض فقط فى صرف الباقى مما قدره الخبير حتى يحكم نهائيا فى أمر تقرير الخبير .

وبما أن القضاء بفوائد بالنسبة لمبلغ ٢٢٧٧ جنيها و ٨١٤ مليما المودع فى خزينة المحكمة من المجلس البلدى ضمن ما قدره الخبير على ذمة الملاك للعقارات المنزوع ملكيتها والمعلوم لهم إيداعه من الإعلان الإدارى بقرار الاستيلاء الحاصل فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ مخالف للقانون ، لأن عدم صرفه إلى المدعى عليهم ناشئ عن إهمالهم القيام بتقديم شهادات بخلو العقار من الرهن والحقوق العينية الواجب تقديمها بمقتضى المادتين ٨ ، ٢١ من قانون نزع الملكية ، ولم يكن ناشئا عن تقصير المجلس فى شئ أو عن اشتراطه شروطا للصرف لم يأمر بها القانون . والإجراءات الخاصة بالوقف لا تعوق المدعى عليهم من صرف ما يخصهم لأن أرضهم ملك ، ولارابطة بينها وبين الوقف .

وبما أنه بالنسبة للمبلغ الزائد عن ٢٢٧٧ جنيها و٨١٤ مليما من القـدر المودع فى خزينة المحكمة حسب تقرير الخبير فمعارضة المجلس البلدى فى صرفه حتى يقضى نهائيا فى المعارضة الحاصلة فى تقرير الخبيـر هى حق خوله له القانون فى المادة ٢٠ منه ، ويترتب عليها طبقا للمادة ٢١ عدم جواز صرفه أو تأجيل الصرف إلى أن يقضى فى المعارضـة نهائيا ، فهو لايعتبر حالا قبل الفصل النهائى فى المعارضة، ولاتجـوز المطالبة به ولا صرفه . وعليه لايلزم طالب نزع الملكية بفوائد ثمن أو تعويض معلق تقديره على حكم المحكمة أو مؤجل إلى ذلك الحكم ولـو أنذره المنزوع ملكيته بالدفع ، لأن الفوائد يقضى بها فى الديون الحالـة التى يحصل التأخير فى سدادها يلاحق أوفى الديون المؤجلة إذا حصـل اتفاق طرفى العقد على ذلك .

وبما أنه لايمكن التمسك بالمادة ٣٣٠ من القانون المـدنى علـى كـلا الاعتبارين السابقين ، حتى على اعتبار أن نزع الملكية أشبه شئ بالبيع، لأن هذه المادة تلزم المشترى بفائدة الثمن إذا استلم المبيع المثمـر ولـم يدفع الثمن للبائع حتى لايمنع بين ثمرة المبيع وفائدة الثمن . والحال هنا غير ذلك لأن طالب نزع الملكية استولى على العقار بعد أن أودع الثمن الذى قدره الخبير له فلم يجمع بين الثمن والمبيع . وعليه لايتحقق شروط استحقاق الفائدة المبينة فى الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة .

وبما أنه فوق ما تقدم فإن استعمال الحق المخول قانونا فى المعارضة فى تقرير الخبير لايترتب عليه عند عدم النجاح إلزام رافعها بفوائد تعويضية إلا إذا كانت قد حصلت بقصد المكيدة كما تقضى بذلك المادة ١١٥ مـن قانون المرافعات ، ولم يثبت أن معارضة المجلس البلدى فـى تقريـر الخبير كانت بقصد المكيدة ، بل قد قام الدليل فى هذه القضية علـى أن طالب نزع الملكية كان محقا فى معارضة فى تقرير الخبير مـن نفـس

٢- يسرى حكم النص على كافة البيوع ، سواء كان المبيع منقولا أو عقارا ، وسواء كان بيع العقار مسجلا أو غير مسجل.

٢٧٠- هل ينطبق حكم الفقرة الأولى من المادة (٤٥٨) مدنى إذا كان الثمن مؤجلا ؟

كان نص المادة ٣٣٠ من القانون المدنى القديم يقضى بأنه: "إذا لم يحصل الاتفاق فى عقد البيع على احتساب فوائد الثمن لايكون للبائع حق فيها إلا إذا كلف المشترى بالدفع تكليفا رسميا أو كان المبيع الذى سلم ينتج ثمرات أو أرباح أخرى" . لهذا ذهب الفقه والقضاء إلى أن الفوائد تستحق على الثمن المؤجل حتى بدون اتفاق مادام المبيع قد سلم وكان مثمرا [(١)].

وقد قضت محكمة النقض بالحكم الوارد بالنص [(٢)].

الحكم المطعون فيه الدال على أن المحكمة قد أنقصت قيمة العقارات المنزوع ملكيتها عما قدره الخبير إلى النصف تقريبا .
وبما أنه مما تقدم يكون وجه النقض مقبولا ويتعين نقض الحكم المطعون فيه ".

(١) أحمد نجيب الهلالى ص ٤٤٩- أنور سلطان ص ٣٥٨ .

(٢) **إذ قضت بأن :**

١- " الحكم الوارد بالمادة ٣٣٠ من القانون المدنى التى تقرر حق البائع فى فوائد على الثمن إذا كان المبيع الذى سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى ، هذا الحكم يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشترى بين يديه عشرة البدلين ، المبيع والثمن ، وهو بذلك يختلف عن

الأصل الذى تقوم عليه المادة ١٢٤ من القانون المدنى . ولذلك حق أن يكون على المشترى فوائد ثمن المبيع المثمر الذى تسلمه من يوم تسلمه، ولايقف جريان هذه الفوائد أن يكون الثمن - أو أن يصبح - غير مستحق الأداء حالا ، كأن يكون مؤجلا أصلا ، أو لمهلة طارئة أو يكون محجوزا عليه أو محبوسا تحت يد المشترى وفقا لنص المادة ٣٣١ مدنى. وإذن فالمشترى لايستطيع أن يتمسك بأنه غير ملزم بفوائد عن باقى ثمن المبيع حتى لو صح ما يدعيه من أن الثمن ما كان مستحق الأداء لعدم تسليم البائع إياه مستندات التمليك أو لتخلفه عن تحرير العقد النهائى متى كان وضع يده على الأطيان المبيعة . كذلك لايقبل منه قوله إن جريان هذه الفوائد يجب أن يقف عند تاريخ عرضه باقى الثمن إذا كان العرض مقيدا بشرط يبطله كوسيلة للوفاء ، لأن هذا العرض لايرفع بذاته يد المشترى عن الثمن فيبقى جامعا بين ثمرة البدلين ".

(طعن رقم ١٢١ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٩)

٢- " المادة ٣٣٠ من القانون المدنى - القديم تنص على أن للبائع فوائد ما لم يدفع من الثمن من تاريخ تسلم المشترى للمبيع المثمر وهى فى هذا إنما تقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشترى بين ثمرة البدلين المبيع والثمن وهى بذلك تختلف عن الأصل الذى تقوم عليه المادة ١٢٤ من ذلك القانون ولذلك يكون للبائع حق تقاضى الفوائد من تاريخ تسليم المبيع المثمر حتى لو كان الثمن مستحق الأداء حالا لسبب يرجع إلى البائع كأن يكون قد أمهل حتى يستجمع أوارقه التى تثبت ملكيته أو التى يستطع بها تحرير العقد النهائى . وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى بعدم أحقية البائعين - الطاعنين- فى تقاضى فوائد عن باقى ثمن الأطيان المبيعة إلى المطعون عليه قد أقام قضاءه على أنهم وقد سلموا المبيع المثمر ليس لهم حق تقاضى فوائد عن باقى الثمن لأن

.................................!.................................

وفاءه كان مؤجلا حتى يعدوا مستنداتهم توطئه لتحرير العقد النهائى فإنه يكون قد أخطأ فى تفسير القانون " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٤/٥)

٣- " نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى صريح فى أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشترى وكان هذا المبيع قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى . وتجب هذه الفوائد بغير حاجة إلى وجود اتفاق عليها ولايعفى المشترى منها إلا إذا وجد اتفاق عليها ولايعفى المشترى منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الإعفاء ولم تشترط المادة لاستحقاق الفوائد فى هذه الحالة إعذار المشترى كما لم يفرق بين ما إذا كان الثمن الذى لم يدفع حال الأداء أو مؤجلا . وحكم هذه المادة يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشترى بين ثمرة البدلين - المبيع والثمن - ويعتبر استثناء من القاعدة المقررة فى المادة ٢٢٦ من القانون المدنى والتى تقضى بأن الفوائد القانونية لاتستحق إلا عن دين حل أداؤه وتأخر المدين فى الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها ومن ثم فلا يمنع من استحقاق البائع لفوائد الثمن أن يكون ما لم يدفع من الثمن مؤجلا من الأصل أو أن يصبح غير مستحق الأداء حالا لسبب يرجع إلى البائع أو أن يكون للمشترى الحق فى حبسه مادام قد وضع يده على الأطيان المبيعة وكان فى استطاعته أن يحصل على ثمارها " .

(طعن رقم ٦٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٨)

ولما صدر التقنين المدنى الجديد وتضمن نص المــادة ٤٥٨، فقد ذهب البعض إلى أن صياغتها جاءت مغايرة لصــياغة نــص المادة ٣٣٠ من التقنين المدنى القديم . فهى تنص على أن : " لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعــذر المشــترى أو إذا سلم المبيع ... الخ " ، فهى تشير إلى الفوائد القانونيـــة ، والفوائــد القانونية لا تكون إلا فوائد تأخيرية . أى تســتحق كجــزاء علــى التأخير . ولايمكن أن تكون الفوائد القانونية " فوائد تعويضية" وإذن فيجب أن يكون المفهوم هنا بالفوائد القانونية هى الفوائد التأخيرية ، وهى قانونية لأنها تسرى طبقا للقانون لا الاتفاق [1].

وقد يقال إن العدالة تأبى أن يجمع المشترى بين الثمار والفائدة ، ولكن أليس الأمر هو فى النهاية بين المتعاقدين ؟ فإذا أراد البــائع اقتضاء الفائدة فما عليه إلا أن ينص عليها ، أو هــو يســتطيع أن يحتفظ لنفسه أيضا بأجل لتسليم المبيع يقابل الأجــل الــذى منحــه للمشترى فى دفع الثمن ، أما إذا سلم المبيع وقبل تأجيــل الــثمن ، فهذا يقطع بأنه لايعول على الفوائد طوال الأجل المحدد لدفع الثمن. للاتفاق ، وهذه الفوائد التأخيرية التى ما كان يجب أن تسرى أصلا إلا من يوم المطالبة القضائية بها ، أصبحت بحكم هذا النص تسرى

---

(١) عبد المنعم البداوى ص ٥٤١ ومابعدها – سليمان مــرقس ص ٤٢٦- السنهورى ص ٧٨٢ هامش (٢)- محمد لبيب شنب ص ٢٤٤ .

إما من يوم الإعذار (والإعذار لايكون إلا بالنسبة لدين حال) ، أو من يوم التسليم متى كان المبيع منتجا ثمارا . أما إذا منح البائع المشترى أجلا ولم يشترط عليه فوائد فى مقابل ذلك ، فلا تجب الفوائد فى مقابل ذلك . فلا تجب الفوائد طوال فترة الأجل ولو تسلم المشترى الشئ المبيع ، إذ نكون بصدد أجل منحه البائع للمشترى بدون مقابل .

بينما ذهب رأى ثان إلى أن الفوائد تسرى من وقت التسليم ولو كان الثمن مؤجلا ولم يتفق المتعاقدان على فوائد ، وذلك على أساس أن نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ جاء عاما ، ولم يفرق بين كون الثمن حالا أو مؤجلا ولم يشترط لسريان الفوائد من وقت التسليم سوى أن يتم هذا التسليم وأن يكون الشئ منتجا لثمرات أو إيرادات[١] .

قد أخذت محكمة النقض بالرأى الثانى إذ قضت بأن :

" مناط استحقاق البائع للفوائد عن الثمن المؤجل وفقا للفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى أن يكون المبيع قد تم تسليمه للمشترى قابلا لأن ينتج ثمرات أو إيرادات- أخرى ومن ثم تستحق الفوائد فى هذه الحالة من تاريخ تسلم المشترى للمبيع، وكان

---

(١) أنور سلطان ص ٣٤٥ – اسماعيل غانم ص ٢١٣ .

البين من الأوراق – وبما لا خلاف عليه بين طرفى الـدعوى- أن المطعون عليه قد تسلم الشقة التى اشتراها من الطـاعن فـى .... ومن ثم فإن الأخير يستحق الفوائد عما لم يدفع من الثمن اعتبـارا من هذا التاريخ وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضـى باستحقاقه للفوائد اعتباراً من تاريخ المطالبة الحاصلة فى . .. فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعنان رقما ١٨٠٦ ، ١٨٤٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٨)

٢- " نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من القـانون المـدنى صريح فى أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الـثمن متـى كان قد سلم المبيع للمشترى وكان هذا المبيع قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى ، وتجب هذه الفوائد بغير حاجة إلى وجـود اتفـاق عليها ، ولا يعفى المشترى منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الإعفاء، ولم تفرق هذه المادة بين ما إذا كان الثمن الـذى لـم يدفع حال الأداء أو مؤجلا ، وحكم هذه المادة يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشترى بين ثمرة البديلين المبيع والثمن ويعتبر استثناء من القاعدة المقررة فى المادة ٢٢٦ مـن القـانون المدنى التى تقضى بأن الفوائد القانونية لاتستحق إلا عن دين حـل أداؤه وتأخر المدين فى الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها وكان عقد بيع الشقة موضوع الدين قد خلا من اتفاق الطرفين على

عدم استحقاق البائع لفوائد عما لم يدفع من الثمن فإنهما يكونان قد تركا أمر هذه الفوائد لما تقضى به المادة ٤٥٨ من القانون المدنى وإذا قضى الحكم المطعون فيه باستحقاق البائع لفوائد الثمن المؤجل إعمالاً للنص السالف فإنه يكون قد التزم صحيح القانون، ولايجدى الطاعن ما تمسك به من أن الشقة يستعملها سكناً خاصاً لـه وأنها لاتنتج إيرادات إذ أن مناط استحقاق البائع للفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن هو تسليمه المبيع للمشترى قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل على النحو الذى أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى بما لامحل معه لتعيين مقدارها وكان المطعون عليه قد تسلم الشقة ووضع يده عليها من تاريخ عقد البيع فإنها تكون قابلة لأن تدر عليه- بما فى استطاعته الحصول عليه حتى ولو كان يستعملها سكنا خاصا له " .

(طعنان رقما ١٨٠٦، ١٨٤٥ لسنة ٥٦ق جلسة ٢٨/١/١٩٩٠)

٢٧١- استحقاق الفوائد من وقت الإعذار أو تسليم المبيع لايتعلق بالنظام العام :

استحقاق الفوائد القانونية من وقت الإعذار أوتسليم المبيع المثمر لايتعلق بالنظام العام ،لذا يجوز الاتفاق على خلافه فيتفق مثلا على ألا تستحق الفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية أو على أن تستحق

من وقت التسليم ولو كان المبيع غير قابل لانتاج ثمرات أو ايرادات أخرى [١].

وقد أفصح عن ذلك عجز الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدنى بنصها على أن: " هذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره ".

٢٧٢ـ سقوط الفوائد بالتقادم الخمسى :

الفوائد القانونية لثمن المبيع من الديون الدورية المتجددة ، ومن ثم تسقط بالتقادم الخمسى عملابالفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ مدنى.

وفى هذا قضت محكمة بأن :

" تنص المادة ١/٤٥٨ من القانون المدنى على أنه " لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره " ، مما مفاده أن الفوائد تستحق عن الثمن من وقت تسلم المشترى المبيع إذا كان هذا المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، وهى فوائد قانونية يجرى عليها حكم المادة ١/٣٧٥ من القانون المدنى فتسقط بخمس سنوات بوصفها حقا دوريا متجددا ، وإذا خالف الحكم المطعون فيه

---

(١) مصطفى منصور مصطفى ص٢٢٤ – محمد شكرى سرور ص ٣٩٤- محمد كامل مرسى ص ٣٧٤ .

هذا النظر وقضى بأن الفوائد التى تستحقها الشركة المطعون عليها- البائعة - عن ثمن الأرض الزائدة تتقادم بخمس عشرة سنة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون،".

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠)

٢٧٣- ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ على أن : " وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ... إلخ " - فقد اعتبرت هذه الفقرة- كما رأينا سلفا- الثمار من ملحقات المبيع . والأصل أن يلتزم البائع طبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٤٦ بتسليم الشئ - ومعه ملحقاته- المبيع فى الوقت الذى عينه المتعاقدان لذلك ، أو طبقا للعرف إذا لم يوجد اتفاق. فإذا لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ، واقتضت طبيعة المبيع تأخير التسليم إلى وقت معين ، كما إذا كان المبيع شيئا غير معين إلا بنوعه وكان المفهوم أن البائع سيحصل على المقادير المبيعة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك للمشترى ، فإن طبيعة المبيع هنا تقتضى أن يتأخر التسليم وقتا معقولا يتيسر فيه للبائع الحصول على المقادير المبيعة من السوق فإن لم يكن هناك اتفاق أو عرف ولم تقتض طبيعة المبيع تأخيرا فى التسليم ، وجب أن يكون التسليم فورا بمجرد انعقاد البيع .

إلا إذا وجدت ظروف تبرر منح القاضى للبائع مهلة فى التسليم، كما إذا كان المبيع بضاعة يستوردها البائع تأخرت فى الطريق وكانت الظروف تشفع للبائع فى أن يمنحه القاضى هذه المهلة (١).

ويبين من ذلك أن المشرع ربط استحقاق المشترى لثمرات المبيع ونمائه بالتزام البائع بالتسليم .

ومن ثم يكون للمشترى ثمار المبيع ونماؤه من تاريخ العقد أى من تاريخ حلول التزام البائع بالتسليم ، ولو لم تنتقل الملكية إليه .

ويستوى أن يكون المبيع عقارا أو منقولا ويستوى فى بيع العقار أن يكون البيع مسجلا أو غير مسجل .

فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والبيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث استحقاق المشترى للثمرات " (٢).

وأوضحنا سلفا أنه يدخل فى معنى ثمار المبيع ، الثمار بجميع أنواعها سواء كانت طبيعية ككلأ المراعى ونتاج المواشى، أو مستحدثة كثمر الأرض الزراعية ، أو مدنية كالأجرة .

وللمشترى أيضا سائر المنتجات أى الحاصلات من وقت البيع .

(راجع شرح المادة ٤٣١) .

---

(١) السنهورى ص ٥٩٦ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٣٥٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٤٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة ٢/٤٥٨ من القانون المدنى على أن "للمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاما لم يوجد اتفاق أوعرف يقضىبغيره" ، ومفاد ذلك أن المشترى يتملك ثمر المبيع من وقت انعقاد البيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير مؤجل يستوى فى ذلك أن تكون الملكية قد انتقلت إلى المشترى أو تراخى انتقالها إلى وقت لاحق".

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢)

٢- " إذا كان السند القانونى للطاعن فى الانتفاع بثمرات القدر الذى اشتراه يقوم على عقد شرائه المحكوم نهائيا بصحته ونفاذه فى مواجهة المطعون عليها الأولى ، وطبقا للمادة ٢/٤٥٨ من القانون المدنى التى تجعل للمشترى الحق فى ثمار المبيع من وقت تمام البيع ، فإن الحكم المطعون فيه إذ ألزمه بريع القدر مشتراه بوصفه غاصبا ، فإنه يكون قد أهدر حجية الحكم السابق الصادر بصحة ونفاذ عقده فى مواجهة المطعون عليها الأولى ، وهو بهذا الوصف يكون قد صدر على خلاف حكم سابق بين الخصوم أنفسهم وحائز لقوة الشئ المحكوم فيه ، بما يجيز الطعن فيه بالنقض عملا بالمادة ٣ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ " .

(طعن رقم ٣٣٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٢/٢/١٧)

٣- " مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشترى من تاريخ إبرام البيع ، فيمتلك المشترى الثمرات والثمار فى المنقول والعقار على السواء ، مادام المبيع شيئا معينا بالذات من وقت تمام العقد، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، يستوى فى بيع العقار أن يكون البيع مسجلا أو غير مسجل ، لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ، ولو لم يسجل العقد ".

(طعن رقم ١٣٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٣/١/٣)

٤- " متى كان الثابت فى الدعوى أنه اتفق فى عقد البيع على أن يضع المشتريان اليد على العقار المبيع ويستغلاه بقبض الأجرة المستحقة فى ذمة المستأجرين ابتداء من أول يناير سنة ١٩٦١ ولم تطعن مصلحة الضرائب على هذا العقد بشئ ، فإن أجرة هذا العقار تكون من حق المشترين ابتداء من التاريخ الأخير دون نظر إلى تسجيل العقد ، وبالتالى فلا يصح الحجز الذى وقعته مصلحة الضرائب بعد ذلك تحت يد مستأجرى العقار المذكور وفاء لضرائب على أرباح تجارية مستحقة على البائع إلا فى حدود المبلغ الباقى من الثمن فى ذمة المشترين " .

(طعن رقم ١٣٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٣/١/٣)

٤- " يدل نص المادتين ٢/٤٥٨، ١/٤٥٩ من القانون المدنى على أن للمشترى الحق فى ثمار المبيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير مؤجل . وللبائع الحق فى حبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له من الثمن إذا كان مستحق الدفع كله أو بعضه فى الحال ".

(طعن رقم ٢٥٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٧/٣/٢٦)

٥- " نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى ينقل منفعة المبيع إلى المشترى من وقت تمام العقد كأثر لالتزام البائع بتسليم المبيع للمشترى سواء كان المبيع منقولا أو عقارا ويستوى فى بيع العقار أن يكون البيع مسجلا أو غير مسجل فيتملك المشترى ثمرات المبيع وثماره ، ولزوم ذلك عدم صحة الحجز الذى وقعته مصلحة الضرائب بتاريخ ١٩٦٧/٦/٢١ بعد وفاة المورث- البائع- فى ١٩٦٧/١/١ وهو التاريخ المتفق عليه لتملك المطعون ضده الأول لثمار المبيع باعتبار أن ذلك الحجز قد ورد على مال غير مملوك للمدين ".

(طعن رقم ٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩)

٦- " مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشترى من تاريخ إبرام البيع فيتملك المشترى الثمرات والنماء فى المنقول والعقار على السواء مادام

البيع شيئا معينا بالذات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف يستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلا أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ولو لم يسجل العقد . ومن ثم تكون للمشترى بعقد عرفى صفة المطالبة بريع الأرض مدة الاستيلاء عليها وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بالخطأ فى القانون والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس ".

(طعن رقم ٥٦١ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤)

٧- " لما كان من آثار عقد البيع - تطبيقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تنتقل منفعة المبيع إلى المشترى من تاريخ إبرام العقد، فيكون له حق ملكية الثمرات فى المنقول والعقار على السواء مادام البيع شيئا معينا بالذات من وقت تمام العقد ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو نص مخالف ويستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلا أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ولم يسجل العقد ، ومن ثم يكون للمشترى بعقد غير مسجل الحق فى مطالبة واضع اليد على العقار المبيع بثمراته ونماؤه عن مدة وضع اليد اللاحقة لإبرام عقد البيع " .

(طعن رقم ١٥٧٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/١/٣٠)

٨- " مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدني- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشترى من تاريخ إبرام البيع فيتملك المشترى الثمرات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف يستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلا أو غير مسجل.

لما كان ذلك فإنه يكون لمورث المطعون ضدهم الثمانية الأول الحق فى تملك ثمرات العقار المذكور منذ تاريخ شرائه له حتى تاريخ انتقال ملكيته إلى الطاعنين ولا يكون للآخرين طلب إلزامهم بدفع الريع عن تلك الفترة ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه صائبا إذا التزم هذا النظر " .

(طعن رقم ١١٩٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/٢/١)

٩- " وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك أنه وإن كان للمشترى طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى ثمار المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع- سجل العقد أو لم يسجل- إلا أن بيع العقار لاينقل الملكية إلى المشترى قبل تسجيله ، ولاينشئ سوى التزامات شخصية بين طرفيه فيكون المشترى مجرد دائن شخصى للبائع بحقوقه الناشئة عن العقد ومن ثم لايجوز له مطالبة غير البائع بالتعويض عن فقد الملكية لأنها لم تنتقل إليه بعد ، سواء بتسجيل عقده ، أو بتسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه . لما كان

ذلك وكان الثابت فى الأوراق أن الطاعن تمسك فى مذكرة دفاعــه المقدمة فى ١٩٩١/٤/٢١ بأن المطعون ضدهما لم يســجلا الحكــم الصادر بصحة ونفاذ عقدهما، ومن ثم لم تنتقل إليهما ملكية المبيع ، وأن الحكم لم يعرض لهذا الدفاع الجوهرى إيرادا ولا رداً ، فإنــه يكون مشوباً بقصور يبطله ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجــة لبحث باقى أسباب الطعن ".

(طعن رقم ٥٤٧٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣)

- إذا ثبت أن العين المبيعة كانت وقت المبيع مؤجرة من البائع لآخرين ، فإن ثمراتها فى هذه الحالة تقدر بمقدار الأجــرة خــلال المدة التى حرم فيها المشترى من الانتفاع بها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

إن النص فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المــدنى على أن " للمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع .... مــا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره " – يدل على أن للمشترى فى حالة عدم تسلمه المبيع أن يرجع على البائع له بثمراته المدنية مــن يوم إبرام عقد البيع الصادر إليه مقابل حرمانه من الانتفــاع بمــا اشتراه . فإذا ثبت أن العين المبيعة كانت وقت البيع مــؤجرة مــن البائع لآخرين ، فإن ثمراتها فى هذه الحالة تقدر بمقــدار الأجــرة خلال المدة التى حرم فيها المشترى من الانتفاع بهــا ، وذلــك لأن

البائع – وطبقا لما نصت عليه المادة ٤٣١ من القانون ذاته لايلتزم إلا بتسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت البيع ".

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠٢/٤/٢٣)

٢٧٤ـ حق المشترى بعقد عرفى فى طرد الغاصب ومطالبته بالريع :

يترتب على عقد البيع – ولو لم يكن مشهرا – انتقال جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته ، ومنها الثمرات والنماء فى المنقول والعقار على حد سواء ، إلى المشترى من تاريخ إبرام البيع . كما تنتقل إليه الدعاوى المرتبطة بها ، ومن ثم يجوز للمشترى بعقد عرفى طلب طرد الغاصب من العين المبيعة ومطالبته بريعها فى فترة الغصب ، باعتبار هذا الريع تعويض عن غصب ما يستحقه المشترى من ثمرات المبيع الذى له حق تسلمه.

وقد أوضحت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض ذلك فى حكم حديث لها صادر بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/١٢ فى الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٦٤ القضائية " هيئة عامة " ذهبت فيه إلى أن :

١– " المشرع عرف البيع فيما نص عليه فى المادة ٤١٨ من القانون المدنى بأنه " ... عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى

ملكية شئ أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى " وحدد التزامات البائع فيما أورده بالمواد من ٤٢٨ إلى ٤٥٥ وألزمه فى أولاها بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى كما أوجب عليه- فيما ضمنه المواد ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٥ – تسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع بما فى ذلك ملحقات المبيع وما أعد بصفة دائمة لاستعماله وذلك بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ثم رتب – فيما ضمنه نص المواد من ٤٣٩ إلى ٤٥٥ – أحكام ضمان البائع ومنها ضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبى على النحو وبالشروط الواردة بهذه المواد، واستتبع ذلك بيان التزامات المشترى وأورد المادة ٤٥٨ متضمنه النص فى فقرتها الثانية على أن " وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره " وأشارت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدنى تعليقاً على هذا النص" أن البيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث استحقاق المشترى للثمرات" وهو ما يدل جميعه على أن عقد البيع – ولو لم يكن مشهراً – ينقل إلى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته من تاريخ إبرام البيع ومنها استحقاق الثمرات والنماء فى المنقول والعقار على حد

سواء مادام المبيع شيئا معينا بالذات ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك ، كما ينقل إليه الدعاوى المرتبطة بها بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها واستيداء ريعها منه باعتبار أن هذا الريع تعويض عن غصب ما يستحقه المشترى من ثمرات المبيع الذى حق له تسلمه وطرد من لا سند له فى وضع يده عليه ، وهو جزء من الحق المقرر للمشترى على المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف " .

٢- " يترتب على عقد البيع- ولو لم يكن مشهراً - انتقال جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته من تاريخ إبرام البيع ومنها الثمرات والنماء فى المنقول والعقار على حد سواء إلى المشترى- مادام المبيع شيئا معيناً بالذات - ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك، كما تنقل إليه الدعاوى المرتبطة بها بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها واستيداء ريعها منه ".

٣- " لما كان الحكم المطعون فيه قد رفض طلب الطاعن إلزام المطعون ضدهم بريع أطيان اشتراها بعقد ابتدائى مع طلب طردهم منها وتسليمها إليه لأن وضع يدهم عليها بغير سند قانونى استنادا إلى أن المطعون ضدهم " يضعون يدهم على الأرض محل النزاع قبل شراء المستأنف- الطاعن- لها وأنه لم يتسلم الأرض" ورتب على ذلك قضاءه بتأييد الحكم المستأنف الصادر برفض الدعوى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

٢٧٥ـ متى يجوز تملك الثمار قبل تمام العقد ؟

يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تملك المشترى الثمار قبل التسليم وقبل تمام العقد ، فيسرى اتفاقهما فى هذا الشأن فليس فى ذلك مخالفة للنظام العام .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " للمتعاقدين بعقد بيع ابتدائى غير مسجل أن يتفقا على مآل ثمار المبيع ولاجناح عليهما إن اتفقا على أن تكون للمشترى من تاريخ سابق على تسجيل عقده أو سابق على البيع نفسه أو على تسلمه المبيع فعلا . وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى بإلزام البائعين - الطاعنين- بأن يدفعوا إلى المشترى- المطعون عليه- إيجار الأطيان المبيعة ابتداء من تاريخ العقد الابتدائى والتى استحق أداؤها قبل تسجيل هذا العقد قد أقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من أن الطرفين اتفقا على أن يستلم المشترى الأطيان المبيعة من تاريخ العقد الابتدائى وأنه استلمها فعلا كما ذكر فى العقد النهائى فإن الطعن عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس ".

(طعن رقم ٢٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٤/٥)

٢- " للمتعاقدين بعقد ابتدائى أن يتفقا على مآل ثمار المبيع . ولاجناح عليهما إن اتفقا على أن تكون هذه الثمار للمشترى من

تاريخ سابق على تسلمه المبيع أو على البيع نفسه إذ أن هذا الاتفاق لايحرمه القانون وليس فيه ما يخالف النظام العام .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٢٧٦ـ استحقاق الثمرات من تاريخ العقد قاصر على علاقة البائع بالمشترى :

استحقاق المشترى لثمار المبيع ونمائه ومنها الأجرة من تاريخ إبرام العقد قاصر على علاقته بالبائع . أما عن علاقة المشترى بالمستأجر فإنه لاتوجد بينهما علاقة مباشرة تخوله مطالبته بالأجرة إلا إذا سجل عقد شرائه أو أحال إليه البائع عقد الإيجار ونفذت الحوالة فى حق المستأجر .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى ما تنص عليه المواد ١٤٦، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦ من القانون المدنى أن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر فى جميع حقوقه قبل المستأجر وفى جميع التزاماته نحوه ، غير أن انصراف عقد الإيجار إلى الخلف الخاص الذى يتلقى ملكية العين المؤجرة هو وما يترتب عليه من آثار ، وإن كان يعد تطبيقا للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١٤٦ من القانون المدنى إلا أنه وفقا

للتنظيم القانونى الذى قرره المشرع لهذه القاعدة- فى المواد الثلاث الأخرى سالفة الذكر وبالشروط المبينة بها - لايكون المتصرف إليه خلفا خاصا فى هذا الخصوص إلا إذا انتقلت إليه الملكية فعلا. وعلى ذلك يتعين على مشترى العقار حتى يستطيع الاحتجاج بعقد شرائه قبل المستأجر من البائع أن يسجل هذا العقد لتنتقل إليه الملكية بموجبه ، أما قبل التسجيل فهو ليس إلا دائنا عاديا للبائع مؤجر العقار . وحق المشترى فى تسليم العقار المبيع وفى ثماره ونمائه المقرر له قانونا من مجرد البيع فى ذاته إنما هو حق شخصى مترتب له فى ذمة البائع إليه كما أن علاقته البائع وعلاقة الأخير بالمستأجر منه علاقتان شخصيتان تستقل كل منهما عن الأخرى ولايترتب عليها قيام أية علاقة بين مشترى العقار الذى لم يسجل والمستأجر لهذا العقار ومن ثم فليس لأحد هذين أن يطالب الآخر بشئ بالطريق المباشر

(طعن رقم ٦٧ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠)

٢- علم المستأجر المعول عليه فى نفاد حوالة عقد الإيجار والتزامه بدفع الأجرة لمشترى العقار (المحال إليه) ، هو علمه بأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التى تؤكده ومنها دعوى الفسخ " .

(طعن رقم ٩٥٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/١١/٨)

٣- " إذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه تعاقد مع مؤجرة عين النزاع على تبادل العقار الكائنة به العين بعقار آخر بموجب عقد لم يسجل إلا من تاريخ لاحق لرفع الدعوى وأنها حولت عقد الإيجار المبرم بينها وبين الطاعن عن هذه العـين إلى المطعون عليه الذى بادر إلى إرسال كتابين موصـى عليهمـا مصحوبين بعلمى وصول إلى الطاعن يكلفه فيهما بالوفاء بـالأجرة المستحقة وذلك قبل أن يحصل على موافقته على الحوالة أو يعلنـه بها حتى تكون نافذة فى حقه ، وهو ما دعا الحكـم إلـى اعتبـار إعلانه بصحيفته الدعوى التى تضمنت بيانات الحوالة إعلانا له بها، وإذ كان مؤدى هذا أن الحوالة الصادرة إلى المطعون عليه لم تنفـذ فى حق الطاعن إلا من تاريخ إعلانه بصحيفة الدعوى ، بما مفـاده أن تكليفا بالوفاء لم يوجه إلى الطاعن من صاحب الحق فى استئداء الأجرة المستحقة قبل رفع الدعوى وبذلك ينتفى شرط من شـروط قبولها ، وإذ استجاب الحكم المطعون فيه رغم ذلـك إلـى طلـب الإخلاء فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٩٥٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/١١/٨)

٤- " لئن كان مؤدى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن من آثار عقـد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشترى من تاريخ إبرام العقد فيمتلـك المشترى الثمرات والثمار فى المنقول والعقار على السواء مـادام المبيع شيئا معيناً بالذات من وقت تمام العقد ما لم يوجد اتفـاق أو

عرف مخالف . يستوى فى بيع العقار أن يكون العقـد مسـجلا أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ، ولو لـم يسجل عقده ، إلا أن حق المشترى بعقد غير مسجل فـى اقتضـاء ثمار العقار لا يكون إلا قبل البائع ولايجوز له أن يتمسك به قبـل المستأجر من هذا الأخير ذلك أن مفاد ما تقضى به المـواد ١٤٦، ٦٠٤، ٦٠٥ ، ٦٠٦ من القانون المدنى- وعلى ما اسـتقر عليـه قضاء هذه المحكمة- أن أثر الإيجـار لاينصـرف لغيـر الخلـف الخاص ولايعد المشترى خلفا خاصاً لبائع العقار إلا بانتقال الملكية إليه بالتسجيل ، أما قبل التسجيل فهو ليس إلا دائنا عاديـا للبـائع ولاتربطه علاقة مباشرة بمستأجر العقار من "البائع ، فلا يسـتطيع مطالبته بالإيجار- بالطريق المباشر إلا إذا أحال البائع إليه حقه فى الأجرة وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها " .

(طعن رقم ٢٣٥٤ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٥)

٢٧٧- تكاليف المبيع على المشترى من وقت تمام العقد :

كما أن للمشترى ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع، فإنه فى الوجه المقابل عليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا .

ومثال هذه التكاليف الضرائب المستحقة على العين كالضـريبة الأصلية المفروضة على العقارات المبنية وضريبة الخفر، وضريبة الأطيان الزراعية .

كما يدخل فى هذه التكاليف مصروفات الصيانة ومصـروفات الاستغلال ، لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكـاليف

فإذا كان البائع قد أنفق هذه المصروفات التزم المشترى بردها إليه.

والمشترى يلتزم بتكاليف المبيع من وقت البيع لأن له الحق فى ثمر المبيع ونمائه من هذا الوقت أيضا ولو كان المبيع لم ينتج الثمرات إلا بعد هذه التكاليف (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيد أنه :

" ومتى ثبت للمشترى الحق فى ثمرات المبيع فعليه تكاليفه (كالضرائب ومصروفات الصيانة ومصروفات الاستغلال) لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف "(٢).

٢٧٨ـ جواز الاتفاق على خلاف القاعدة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ :

القاعدة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ والتى تقضى بأن تكاليف المبيع على المشترى من وقت تمام العقد لاتتعلق بالنظام العام، فلا يعمل بها إذا وجدعرف مخالف، أو اتفق الطرفان على خلافها . ولذلك فإن مجرد الاتفاق على تأخير استحقاق المشترى للثمار إلى وقت معين لاحق للبيع يتضمن فى الوقت نفسه اتفاقا على عدم إلزامه بتكاليف المبيع حتى هذا الوقت ، لأن الشارع ربط التزام المشترى بالتكاليف بحقه فى أخذ الثمار (٣).

---

(١) خميس خضر ص ٢٨٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٤٠ .

(٣) منصور مصطفى منصور ص ٢٣٤ .

مـــادة (٤٥٩)

١- إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الـدفع فـي الحـال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة . هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد المبيع .

٢- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجـل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى فى الأجل طبقا لأحكام المادة ٢٧٣ .

الشـــرح

٢٧٩- حقوق البائع فى حالة عدم دفع المشترى الثمن :

إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال ، ولم يقـم المشترى بدفعه إلى البائع فإن يكون للبائع فى هذه الحالـة ثـلاث وسائل لضمان حقه هى :

١- التنفيذ العينى :

وهذا الحق كفله المشرع لكل دائن ، إذ نصت المادة ١٩٩ مدنى على أن : "ينفذ الالتزام جبرا على المدين " ، كما نصـت المـادة ٢٠٣ مدنى على أن : " يجبر المدين بعد إعـذاره طبقـا للمـادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه عينا ، متى كان ذلك ممكنا " .

وبمقتضى هذا يكون للبائع الحق ، فى حالة عدم قيام المشترى بدفع الثمن فى موعد استحقاقه ، سواء كان الثمن كاملا أو جزءا منه ، أن يقوم – بعد إعذار المشترى بالتنفيذ على أمواله لاقتضاء الثمن جبرا. وهو عندئذ ينفذ على المبيع وعلى غيره من أموال المشترى .

وقد منح المشرع للبائع امتيازا على المبيع يتقدم به على سائر دائنى المشترى ، وسواء أكان المبيع منقولا أم عقارا .

فإذا كان المبيع عقارا أو حقا عينيا ثبت للبائع الامتياز بمقتضى المادة ١١٤٧ مدنى ، وإذا كان المبيع منقولا ثبت الامتياز للبائع بمقتضى المادة ١١٤٥ مدنى .

٢- فسخ عقد البيع :

يجوز للبائع إذا تخلف المشترى عن دفع الثمن كله أو الجزء المستحق منه طبقا للقواعد العامة إذا لم يطلب التنفيذ العينى ، أن يطلب فسخ العقد .

والفسخ وفقا للقواعد العامة قد يكون اتفاقيا بموجب شرط فى العقد وقد يكون قضائيا بحكم من القضاء ، وقد يكون الفسخ بحكم القانون ، ويسمى فى هذه الحالة الأخيرة انفساخا ، وهو يتحقق إذا استحال تنفيذ الالتزام بقوة قاهرة .

ولما كان التزام المشترى بدفع الثمن محله مبلغ من النقود، فلا يتصور أن يصبح تنفيذه مستحيلا ، ولذلك ووفقا للقواعد العامـــة ، لايمكن انفساخ البيع بسبب عدم وفاء المشترى بالثمن [1].

(راجع فى التفصيل المجلد الثالث شـــرح المواد مـــن ١٥٧-١٦١ مدنى) .

٣- حبس المبيع :

يكون للبائع الحق فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن إذا كـــان وقت دفع الثمن متقدما أو معاصرا لوقت تسليم المبيع .

ويتحقق ذلك فى حالتين :

(الأولى) إذا كان الثمن مستحق الدفع ولم يكن البائع قـــد سـلم المبيع للمشترى . مثل ذلك أن يكون البيع مطلقا من حيث وقت دفع الثمن فيكون الثمن مستحق الدفع بمجرد تمام البيع ، ويكون مطلقـــا من حيث وقت تسليم المبيع فيكون المبيع واجـــب التســـليم أيضـــا بمجرد تمام البيع . فيعاصر وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع .

ومثل ذلك أيضا أن يحدد وقتا لتسليم المبيع دون أن يحدد وقتـــا لدفع الثمن ، فيكون وقت دفع الثمن هو وقت التسليم كمـــا قـــدمنا، فيتعاصر الوقتان . ومثل ذلك أخيرا أن يحدد وقت لدفع الثمن متقدم عن الوقت الذى يحدد لتسليم المبيع ، فيسبق وقت دفع الثمن وقـــت

---

(١) عبد الودود يحيى‌ص ١٦٣ ومابعدها .

تسليم المبيع ، فإذا تأخر المشترى فى دفع الثمن حتى حـان وقـت تسليم المبيع كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن .

(والثانية) إذا كان الثمن مؤجلا إلى وقت متأخر عن وقت تسليم المبيع فحان وقت تسليم المبيع قبل حلول أجل دفع الـثمن ، ولكـن الأجل المحدد لدفع الثمن سقط بسبب من أسباب سـقوط الأجـل ، فحل دفع الثمن فى الوقت الذى يجب فيه تسليم المبيـع أو قبلـه ، وتعاصر الوقتان أو سبق الوقت الذى استحق فيه الـثمن ، فيجـوز للمشترى فى هذه الحالة أيضا أن يحبس المبيـع حتـى يسـتوفى الثمن(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- بعد أن تقرر التزام المشترى بدفع الثمن، عرض المشروع للجزاء المترتب على هذا الالتزام . فللبائع وسائل ثـلاث لضـمان حقه ، هى حبس المبيع والمطالبة بالتنفيذ والمطالبة بالفسخ . وليس

---

(١) السنهورى ص ٨٠٤ ومابعدها – وقد نصت المادة ٢٧٣ مـدنى علـى أسباب سقوط حق المدين فى الأجل وهى :

١- إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقا لنصوص القانون .

٢- إذ أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا مـا لـم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ، أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المـدين للدائن ضمانا كافيا .

٣- إذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات .

فى كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، ولكـن رؤى مـن المفيـد التبسط فى هذه الأحكام لأهميتها العملية .

٢- أما الحق فى حبس المبيع فقد قررته المادتـان ٦٠٧، ٦٠٨ من المشروع تطبيقا لقاعدتى الحق فى الحبس والدفع بعـدم تنفيـذ العقد. فإذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع ولم يدفع ... للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ولا يسـقط حقه فى الحبس إلا أن يقدم له المشترى رهنا أو كفالة ، لأن البـائع يطلب حقا واجب الأداء فى الحال. أما إذا منح البائع للمشترى أجلا جديدا للدفع ولم يتحفظ سقط حقه فى الحبس .

وقد يكون الثمن مؤجلا ولكن يسقط الأجل طبقا للمادة ٣٩٦ من المشروع (والأولى أن تعدل المادة ٦٠٧ فقرة ثانية من المشـروع بما يحقق التناسق بينها وبين المادة ٣٩٦ على الوجه الآتى . وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى لو لم يحل الأجل المشترط لـدفع الثمن إذا سقط حق المدين فى الأجل طبقا لأحكام المـادة ٣٩٦) . والأجل يسقط (أ) إذا كان المشترى معسـرا ، (ب) أو كـان قـد أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص حتـى لو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون (ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين) ، أمـا إذا كـان إضـعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يتوق المدين هذا السقوط بأن يقدم للدائن ما يكمل التـأمين، (ج) أو كان المشترى لم يقدم ما وعد فى البيع بتقديمه من التأمينات.

ففى هذه الأحوال جميعها يسقط الأجل ويحل الثمن ، فــإذا لــم يدفعه المشترى كان للبائع حبس المبيع .

فإذا استعمل البائع حقه فى الحبس أجريــت الأحكـــام العامـــة المتعلقة بهذا الحق .... الخ "[١] .

٢٨٠ـ عدم سقوط حق البائع فى الحبس ولو قـدم المشـترى رهنا أو كفالة :

فى جميع الحالات التى يجوز فيها للبائع حبس المبيع لايســقط حقه فى الحبس ولو قدم المشترى للبائع رهنا أو كفالة ، والسبب فى ذلك أن البائع يطلب حقا واجب الأداء فى الحال . ويعتبر هذا الحكم استثناء من القاعدة العامة التى تجيز سقوط الحق فى الحبس إذا قدم المدين للدائن الحابس تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه (م٢٤٦/١ مدنى) .

٢٨١ـ الاحتجاج بحق الحبس فى مواجهة الكافة :

حق البائع فى الحبس يحتج به فى مواجهـــة الكافـــة ، أى فـــى مواجهة المشترى ودائنيه العاديين والغير الذين ترتبت لهم حقـــوق عينية على المبيع ، كما لو باع المشترى المبيع لشـــخص آخـــر أو رهنه له .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٥١ ومابعدها .

وإذا حول البائع حقه فى الثمن انتقل الحق فى الحبس إلى المحال له أخذا بحكم القاعدة العامة الواردة فى المادة ٣٠٧ التى تنص على أن : " تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ... الخ " . وإذا حول المشترى الدين بالثمن إلى مدين آخر، وقبل البائع الحوالة ، فلا يسقط حقه فى الحبس عملا بحكم الفقرة الأولى من المادة ٣١٨ التى تنص على أن : " تبقى للدين المحال به ضماناته "[١].

---

(١) أنور سلطان ص ٢٥٠ .

مـــادة (٤٦٠)

إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشترى ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع .

الشـــرح

٢٨٢ـ هلاك المبيع فى يد البائع الحابس له :

إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشترى .

ويشترط لهلاك المبيع على المشترى ، أن يكون البائع قد تمسك بحقه فى الحبس لعدم سداد الثمن ، فلا يكفى أن يكون كل من التزام البائع بالتسليم والتزام المشترى بدفع الثمن حالين غير مؤجلين فسكت كل منهما عن مطالبة الآخر بتنفيذ التزامه . بل يجب أن يظهر مايدل على أن البائع قد امتنع عن التسليم لأن المشترى لم يدفع الثمن ، بأن كان المشترى مثلا طالب بالتسليم فدفع البائع طلبه بحقه فى الحبس ، أو كان البائع قد طالب المشترى بدفع الثمن وأعلنه أنه لن يسلمه المبيع إلا إذا دفع الثمن إليه .

على أنه لايشترط أن يكون البائع قد أعذر المشترى لدفع الثمن ، فتكفى المطالبة وإعلان التمسك بالحبس بأى طريق ، إذ أن الإعذار ليس شرطا للتمسك بالحبس [1].

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٦٥- محمد لبيب شنب ص ١٥٣- وعكس ذلك عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٩- منصور مصطفى منصور ص ١٤٥

أما إذا لم تتبين فى وضوح المطالبة وإعلان التمسك بـــالحبس لعدم استيفاء الثمن ، ثم هلك المبيع ، فإن الهلاك فى هــذه الحالـــة يكون على البائع ، ولايجوز له أن يدعى أنه كان حابسا المبيع[1].

والهلاك هنا يكون على المشترى رغم أنه لـــم يتسـلمه، لأنـــه المتسبب فى هذا الحبس بامتناعه عن وفاء الثمن رغم وجوبه .

أما إذا كان الهلاك بفعل البائع ، تحمل البائع تبعـــة الهـــلاك إذ وقع الهلاك بخطئه ، وجاز للمشترى أن يطلب فسخ المبيـــع مـــع التعويض طبقا للقواعد العامة .

وإذا وضع المشترى يده على المبيع دون إذن من البائع وبدون حكم من القضاء ، وهلك المبيع فى يده فإنه يهلك عليه ، رغـــم أن التسليم لم يتم ، لأنه لايجوز لشخص أن يقتضى حقه بنفسه [2].

وللبائع أن يستصدر إذنا من قاضى الأمور الوقتية ببيع المبيـــع إذا كان يخشى عليه التلف ، وينتقل الحق فى الحبس إلى الثمن [3].

فيريان أنه يجب لإعمال هذا الحكم أن يكون البائع قد أعـــذر المشـــترى لدفع الثمن ثم حبس المبيع .

(١) السنهورى ص ٦١٤ ومابعدها- اسماعيل غانم ص ١٦٥ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٥٤- محمد كمـــال عبـــد العزيـــز ص ٣٥٧- منصور مصطفى منصور ص ١٤٦ .

(٣) المستشار أنور طلبه ص ٦٩١ .

مادة (٤٦١)

فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره .

الشرح

٢٨٣- حكم المادة مخالف للقواعد العامة :

الحكم الوارد بالمادة مخالف للقواعد العامة . ووجه المخالفة فيه وهو ما قرره من أن البيع- فى الحالة الخاصة التى وردت فى النص- يعتبر مفسوخا لصالح البائع من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى إنذار أو صدور حكم من القضاء ، ودون أن يتضمن العقد شرطا يقضى بوقوع الفسخ بقوة القانون . فالقواعد العامة تقضى بأن الفسخ لايقع إلا إذا سبقه إعذار ينبه به الدائن على المدين بالوفاء وإلا فسخ البيع ، ثم إنها تقضى من ناحية أخرى بأن الفسخ لايقع إلا بحكم من القضاء . وأخيرا فإن القواعد العامة تسمح بالاستغناء عن الإعذار أو عن الحكم القضائى بالفسخ إذا اتفق على ذلك صراحة فى العقد .

أما نص المادة (٤٦١) فمن شأنه إيقاع الفسخ حتما وبقوة القانون دون حاجة إلى إعذار أو حكم من القضاء لمجرد عدم دفع

المشترى الثمن ، متى توافرت شروط الحالة المنصوص عليها فيها[١].

ومعنى ونوع الفسخ بقوة القانون ، أن يعود المنقول إلى ملك البائع الذى يكون له عندئذ الحق فى أن يبيعه مرة أخرى لحسابه، دون أن يكون ذلك إخلالا منه بالتزامه بل ودون أن يؤثر ذلك على حقه فى أن يرجع على المشترى الذى لم يدفع الثمن بالتعويض جزاء لإخلاله بالتزامه ، وذلك وفقا للقواعد العامة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٤٦١ من القانون المدنى على انه فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره " فقد دلت على أن المشرع قد خرج بحكمها فى القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد الإعذار وبحكم من القاضى ما لم يوجد اتفاق صريح على الإعفاء من ذلك واشترط لإعمال هذا النص الاستثنائى أن يكون المبيع من العروض وغيرها من المنقولات وأن يكون كل من المبيع والثمن محددا تحديدا كافيا ومعلوما للمشترى عند التعاقد ، وأن يقف المشترى عن

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٥٩ ومابعدها – خميس خضر ص ٢٨١ .

دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه لتسلم المبيع ودفع الـثمن ، وأن يختار للبائع التمسك بانفساخ عقد البيع " .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١)

٢٨٤ـ الحكمة من هذا الحكم الاستثنائى :

الحكمة من هذا الحكم الاستثنائى هـى أن عـروض التجـارة والمنقولات عموما كثيرا ما تتقلب أسعارها ، كما يتعرض الكثيـر منها للتلف بمجرد الزمن فلا تتحمل طول الإجراءات ، مما يحتـاج الأمر معه إلى التيسير على البائع بإعفائه مـن واجـب الإعـذار والمطالبة قضائيا بالفسخ حتى يستطيع أن ينصرف فى المبيع للغير فى الحال بمجرد تخلف المشترى عن دفع الثمن فى الميعاد المحدد لدفعه وتسلم المبيع [١].

٢٨٥ـ شروط تطبيق حكم المادة :

يشترط لتطبيق الحكم الوارد بالمادة توافر الشروط الآتية :

١- أن يكون المبيع من المنقـولات سـواء كانـت منقـولات بطبيعتها مادية أو معنوية ، كالبضـائع علـى اخـتلاف أنواعهـا والأسهم والسندات ، أو كانت منقولات بحسب المآل كالثمار التـى تباع قبل قطفها وأنقاض المنزل قبـل هدمـه فـلا يسـرى علـى العقارات.

---

(١) خميس خضر ص ٢٨١ – منصور مصطفى منصور ص ٢٣٠ .

والمحل التجارى وإن كان منقولات معنويا ، إلا أن الراجح عدم انطباق حكم المادة عليه ، لأن الحكمة التى توخاها المشرع من وضع هذا الحكم وهى سرعة تقلب أسعار العروض والبضائع لاتتوافر بالنسبة له (١).

غير أن حكم المادة يسرى على كافة البيوع سواء كانت تجارية أو مدينة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إنه ولئن كانت ملكية الأسهم تنتقل من البائع إلى المشترى بمجرد الاتفاق بينهما على ذلك مادامت الأسهم المبيعة تعين بالذات طبقا للمادة ٢٠٤ من القانون المدنى التى تنص على أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، وكانت المادة ٣٩ من قانون التجارة حين استلزمت قيد الأسهم الاسمية فى دفاتر الشركة قد استهدفت من ذلك فرض قيد على حرية تداولها وجعلت من هذا القيد مناطا لإثبات ملكيتها والتنازل عنها إلا أن النص فى المادة ٤٦١ من القانون المدنى على أنه " فى بيع العروض وغيرها من

---

(١) السنهورى ص٨٣٩ هامش (١)- أنور سلطان ص ٣٤٨ ومابعدها- محمد كمال عبد العزيز ص ٣٥٧ .

المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره " يدل على أنه فى حالة بيع المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ولم يدفع المشترى الثمن فى الميعاد فإنه يجوز للبائع أن يعتبر العقد مفسوخا بدون حاجة إلى إعذار أو حكم من القضاء، فيقع الفسخ بنص القانون ويكون البائع بمجرد عدم دفع الثمن فى حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه ، ويحق له أن يتصرف فيه تصرف المالك فيبيعه مرة أخرى إذ ورد هذا النص بصيغة عامة تدل على أن حكمه مطلق، ومن ثم فينصرف إلى البيع سواء كان مدنيا أو تجاريا " .

(طعن رقم ١٢٢٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٥/٤)

٢- أن يوجد ميعاد محدد للوفاء بالثمن وتسلم المبيع . فالنص لايسرى على البيوع غير المؤجلة[1].

---

(١) كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا برقم (٦١٣) خاصا بالبيع غير المؤجل يجرى على أن : " ١- إذا كان البيع غير مؤجل ، جاز للبائع ، إذا لم يستوف الثمن ، أن يسترد ما باعه من منقول مادام المبيع فى حيازة المشترى ، على أن يكون الاسترداد فى مدة خمسة عشر يوما من وقت تسليم المبيع ، وعلى أن يبقى المنقول حافظا لحالته التى تم عليها التسليم.

وميعاد الوفاء بالثمن قد يتفق عليه صراحة أو ضمنا ، ويعتبر من قبيل الاتفاق الضمنى أن يكون العرف قد جرى على تحديد ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع وسكت المتعاقدان عن ذكر ما يخالفه. فمثلا فى بيع المنقولات محولا بقيمتها على المشترى ، يجرى العرف بأن يتسلم المبيع ويدفع ثمنه بمجرد وصوله بالجمرك أو البريد ، فإن قصر المشترى فى دفع الثمن جاز للبائع التصرف فيها.

ولاتنطبق المادة إلا فى حالة تحديد أجل ليدفع المشترى الثمن ويتسلم المبيع ، أما إذا كان الأجل محددا لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشترى ، فإن البائع فى هذه الحالة لايعفى من واجب إعذار المشترى بالتسليم والوفاء .

٢- على أنه لايجوز أن يضر الاسترداد بامتياز المؤجر ، إلا إذا ثبت أن المؤجر كان يعلم أن المنقولات وغيرها مما هو موجود بالعين المؤجرة لم يدفع ثمنها .

٣- ولايجوز الإخلال بما تقدم بالقوانين والعادات التجارية المتعلقة بالاسترداد

وقد أقرت لجنة المراجعة هذه المادة مع تحوير لفظى طفيف إلا أن المادة حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ " لأنها تتناول تفصيلات يحسن أن تترك للقواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضرية جـ ٤ ص١٥٠ هامش (١) ومابعدها)

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

" إن المادة ٣٣٥ من القانون المدنى لم تتعرض إلا للحالة التى يكون فيها التقصير من جانب المشترى فإن نصها هو : "إذا اتفـق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع يكون البيع مفسوخا حتما إذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بدون احتياج للتنبيه الرسمى " .

وإذا لوحظ أن هذه المادة جاءت استثناء مـن القاعـدة العامـة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد التنبيه الرسمى تعين القول بأنه لايصح تطبيقها إلا فى حدود نصها ، أى فى حالة تحديد أجـل ليدفع المشترى الثمن ويتسلم المبيع . أما إذا كـان الأجـل محـددا لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشترى ففى هـذه الصـورة لايعفى البائع من واجب التنبيه رسـميا علـى المشـترى بالتسـلم والوفاء".

(طعن رقم ٦٢ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/١/١٣)

٣- أن يتأخر المشترى عن الوفاء بالثمن فى الميعاد المحـدد . فإذا قام بدفع الثمن فى الميعاد امتنع على البائع التمسـك بالمـادة ، ولو لم يقم المشترى بتسلم المبيع .

فإذا قام المشترى بدفع الثمن ولكن لم يتسلم المبيع ، فإن البـائع لايستطيع الوصول إلى فسخ البيع لعدم قيام المشترى بالتسلم إلا بعد إعذاره واستصدار حكم بذلك من القضاء تطبيقا للقواعد العامة .

وكان المشروع التمهيدى ينص على أنه : " إذا لم يتقدم المشترى لتسلم المبيع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه ، أو تقدم ولكنه لم يعرض الثمن ، كان البيع مفسوخا ... الخ " .

ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت- بناء على اقتراح رئيسها – قصر الجزاء على حالة عدم دفع الثمن فى الميعاد دون حالة عدم التقدم لتسلم المبيع إذ قد يحول دون تسلم المشترى المبيع ظروف لايد له فيها ، ووافق المجلس على هذا التعديل (١).

ويجب أن يكون عدم دفع الثمن فى الميعاد المحدد تقصيرا من المشترى ، فإذا كان نتيجة تقصير البائع كما لو امتنع المشترى عن الدفع لأن البائع لم يسلم المبيع (٢).

٢٨٦- أثر توافر الشروط المنصوص عليها بالمادة :

إذا توافرت الشروط الثلاثة التى نصت عليها المادة والتى عرضنا لها فيما تقدم ، كان للبائع اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، بدون حاجة إلى تنبيه أو إعذار ، فيقع الفسخ بقوة القانون، ويكون البائع بمجرد عدم دفع المشترى الثمن فى حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٥٦ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٢٣١- عبد المنعم البدراوى ص ٥٦١

غير أن هذا الحكم مقرر لمصلحة البائع ، ومن ثم يجوز له أن يعتبر العقد قائما ويباشر إجراءات التنفيذ لاستيفاء ما هو مستحق له من ثمن .

أما المشترى فلا يجوز له أن يتمسك باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، إذ أن الفرض أنه هو المقصر فلا يجوز له أن يستفيد من تقصيره . ولذلك إذا لم يقم البائع بالتزامه بالتسليم ، فلا يجوز للمشترى اعتبار العقد مفسوخا وإنما تطبق فى هذه الحالة القواعد العامة فى الفسخ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما فى المنقول فقد ميز المشروع بين البيع المؤجل والبيع غير المؤجل . فإذا كان البيع مؤجلا وانقضى الأجل دون أن يتقدم المشترى لدفع الثمن وتسلم المبيع اعتبر البيع مفسوخا لمصلحة البائع (أى أن هذا له استبقاء المبيع والمطالبة بالتنفيذ إذا لم يرد الفسخ) ، ويفسخ البيع من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار، ودون ضرورة إلى شرط خاص بذلك ، كل هذا ما لم يتفق المشترى مع البائع على مدة أطول للوفاء بالثمن (م٦١٢ من المشروع وتوافق م٤١٨/٣٣٥ من التقنين الحالى)[١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٥٥ – وقد أشرنا سلفا إلى أن المشروع التمهيدى كان يتضمن نصا برقم (٦١٣) خاصا بالبيع غير

٢٨٧ـ حكم المادة لايتعلق بالنظام العام :

الحكم الوارد بالمادة (٤٦١) لايتعلق بالنظام العام ، من ثم يجوز الاتفاق على خلافه . وقد نصت المادة صراحة على ذلك بقولها إن حكمها يسرى " ما لم يوجد اتفاق على غيره " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ويلاحظ أن كل هذه الأحكام ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ويجب فى تطبيقها مراعاة القوانين والعادات التجارية المتعلقة باسترداد المنقول بعد بيعه " [1].

المؤجل ، إلا أنه حذف فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لأنه يتضمن تفصيلات يجب أن تترك للقواعد العامة . وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى :

" أما إذا كان البيع غير مؤجل ، فيجوز للبائع إذا لم يستوف الثمن أن يعتبر مفسوخا وأن يسترد المبيع فى مدة خمسة عشر يوما من وقت تسليمه إلى المشترى ، إذا بقى المنقول حافظا لحالته ولم يغير المشترى ذاتيته (بأن صنع الخشب دولابا أو طحن القمح دقيقا) ، على أن الفسخ لايضر فى هذه الحالة بامتياز المؤجر حسن النية وفقا للقواعد العامة (م٦١٣ من المشروع ولانظير لها فى التقنين الحالى) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٥٥ .

مـادة (٤٦٢)

نفقات عقد البيع ورسوم " الدمغة " والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بذلك .

الشـرح

٢٨٨ـ التزام المشترى مصاريف البيع والرسوم :

يلتزم المشترى نفقات عقد البيع ، أى نفقات إبرامه ، ويشمل ذلك نفقات تحريره إن وجدت ، كأتعاب المحامى الذى يكتب العقد، أو الكاتب الذى حرره ، وثمن الورق الذى حرر عليه ، ونفقات انتقال المشترى إلى مكان توقيع العقد [١].

كذلك يدخل فى النفقات التى يلتزم بها المشترى رسوم الدمغة ورسوم تسجيل البيع ، فإذا كان المبيع عقارا ورغب المشترى فى تسجيل عقد شرائه حتى تنتقل إليه ملكيته ، فإنه يتحمل برسوم الرسوم التى تتقاضاها الدولة ، ويلحق بهذه الرسوم جميع النفقات التى تصرف فى سبيل إجراءات التسجيل، كمصروفات الكشف عن العقار المبيع فى جهات الشهر للتثبت من خلوه من حقوق الغير ، ورسوم التصديق على التوقيعات [٢].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٥٤ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤١١- سليمان مرقس ص ٤٢٢- محمد لبيب شنب ص ٢٥٤ .

وإذا نقل العقار المبيع امتياز البائع لتأخير دفع الثمن كله أو بعضه ، فإن مصروفات قيد هذا الامتياز وكذلك مصروفات شطب القيد بعد دفع الثمن تدخل فى مصروفات البيع التى يتحملها المشترى .

أما إذا كان على المبيع رهن أو حق عينى آخر ترتب من جهة البائع ، فإن مصروفات شطب القيود الشاهرة لهذه الحقوق العينية تكون على البائع لا على المشترى (١).

ومصاريف تطهير الرهون المقيدة على العقار المبيع ليستْ من نفقات البيع ، ومن ثم فهى لاتجب على المشترى ، إنما يتحملها البائع ، وذلك لأن البائع ملزم بضمان تمتع المشترى بالمبيع وحيازته حيازة هادئة (٢).

والمشرع بإلزامه المشترى وحده نفقات عقد البيع قد خالف القواعد العامة ، ذلك أن هذه النفقات لاتفيد المشترى وحده ، بل وتفيد البائع معه ، بحيث كان الأصل أن يتحمل المتعاقدان هذه النفقات مناصفة (٣).

---

(١) السنهورى ص ٨٤٣ .

(٢) السنهورى ص ٨٤٤- عبد المنعم البدراوى ص ٥٦٢- محمد لبيب شنب ص ٢٥٤ .

(٣) محمد لبيب شنب ص ٢٥٣ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" هذا النص يقابل المادة ٣٠٩/٢٤٣ من التقنين الحالى ، والنصان حكمهما واحد ، فهما يحملان المشترى نفقات عقد البيع، ويدخل فيها رسوم التمغة والتسجيل كما يدخل فيها أتعاب المحامى الذى يكتب العقد ، كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره"(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن أحكام قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ والقرارات الصادرة بتنفيذه تحتم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق على الإمضاءات عند تقديم العقد للتوقيع عليه ، ولما كان المشترى هو الملزم بداهة بدفع هذه الرسوم فإنه هو الذى يكون عليه تجهيز العقد بناء على البيانات التى يحصل عليها سواء من البائع أو من الأوراق . بعد ذلك يكون له أن يطالب البائع بالحضور إلى قلم الكتاب لإمضاء العقد . وإذن فمن الخطأ أن تعتبر المحكمة البائع ملزما بتجهيز العقد وتقديمه للمشترى لإمضائه ، خصوصا إذا كان العقد الابتدائى صريحا فى أن البائع غير ملزم بإمضاء العقد النهائى ، وكان المشترى لم يطلب من البائع فى الإنذار الذى وجهه إلا الحضور إلى قسم المساحة لتحرير العقد النهائى " .

(طعن رقم ٤٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٥/٢٨)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٥٨ .

٢٨٩ـ رجوع البائع بما أنفقه من مصاريف على المشترى :

إذا كان البائع قد أنفق شيئا من المصاريف التى يلتزم بها المشترى على نحو ما أوضحناه سلفا، كان له أن يطالب المشترى بها .

وتعتبر هذه النفقات جزءا من الثمن ، وتكون مضمونة بضماناته، كامتياز البائع وحق الحبس ، فيكون للبائع أن يحبس المبيع عن المشترى حتى يستردها منه ، كما له أن يطالب بفسخ البيع إذا لم يقم المشترى بوفائها [١].

٢٩٠ـ جواز الاتفاق على مخالفة أحكام المادة :

الحكم الوارد بالمادة لايتعلق بالنظام العام بل مكمل لإرادة المتعاقدين ، ومن ثم فإنه لايطبق إذا اتفق الطرفان على خلافه . فيجوز الاتفاق على تحمل البائع هذه النفقات كلها أو جزء منها . كما أنه لاينطبق إذا وجد عرف على خلاف حكمها .

ويذهب الفقه إلى أن العرف قد جرى على أن يتحمل البائع والمشترى نفقات السمسرة مناصفة [٢]. وفى كثير من المبيعات الأخرى فإن البائع هو الذى يتحملها وحده بل غالبا ما يدفعها دون علم المشترى بذلك [٣].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٦٢ – محمد لبيب شنب ص ٢٥٥ .

(٢) السنهورى ص ٨٤٣- محمد لبيب شنب ص ٢٥٣- سليمان مرقس ص٢٤٢ .

(٣) سليمان مرقس ص ٤٤٢ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومما يقضى به العرف أن السمسرة يتحملها البائع والمشترى مناصفة " [(١)].

وقد اعتبرت الفقرة (د) من المادة الخامسة من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٥ السمسرة عملا تجاريا إذا بوشرت على وجه الاحتراف أيا كانت طبيعة العمليات التى يمارسها السمسار ، أى سواء كانت تجارية أو مدنية .

وقد نصت المادة (١٩٨) منه على أن :

" ١- لايستحق السمسار الأجر إلا ممن فوضه من طرفى العقد فى السعى إلى إبرامه .

٢-وإذا صدر التفويض من الطرفين كان كل منهما مسئولا قبل السمسار بغير تضامن بينهما عن دفع الأجرة المستحقة عليه ولو اتفقا فيما بينهما على أن يتحمل أحدهما الأجر بأكمله " .

وعلى ذلك فإن هذا النص يسرى على أجر السمسار إن كان تاجرا [(٢)].

وقد جرى العرف على أن أتعاب السمسرة تكون ٢,٥% من قيمة ثمن المبيع على كل طرف من طرفى العقد .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٥٨ .

(٢) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الثانى ص ٥٦٨ ومابعدها .

وقد اخذت محكمة النقض بهذا العرف إذ قضت بأن :

" السمسار وكيل في عقد الصفقات ، وطبقا للقواعد المتبعة في عقد الوكالة ويتولى قاضي الموضوع تقدير أجر الوكيل في حالة عدم الاتفاق مستعينا في ذلك بأهمية العمل وما يقتضيه من جهد وما يبذله الوكيل وبما جرى عليه العرف في هذه الحالة . ولما كان يبين من الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية قدرت للمطعون عليه الأول أجرا عن وساطته بنسبة ٢,٥% من قيمة الصفقة وأبانت في حكمها أن هذا التقدير يتفق مع ما بذله من مجهود وأهمية الصفقة التي تمت ببيع الفيلا إلى السفارة السوفيتية ، كما يتفق مع العرف في هذا الشأن لما كان ذلك فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون ".

(طعن رقم ٥٣٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/٧)

وقد قضى بأنه إذا طلب السمسار إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات دوره في عقد البيع ولإثبات العرف فيما يتعلق بأجرة السمسرة فإن إغفال الحكم الرد على هذا الطلب قصور يستوجب نقضه . **إذ ذهبت محكمة النقض إلى أن :**

" إذ يبين من الاطلاع على الأوراق أن الطاعنين قدما أمام محكمة الاستئناف في فترة حجز الدعوى للحكم مذكرة سلمت صورتها لوكيل المطعون عليه الأول تمسكا فيها بطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن بيع الفيلا تم بواسطتها ولإثبات العرف فيما يتعلق بأجر السمسرة ، ثم أعيدت الدعوى للمرافعة

وتداولت عدة جلسات حضر فيها المطعون عليهما حتى صدر الحكم المطعون فيه ، ومن ثم فقد أصبحت هذه المذكرة ورقة مـــن أوراق الدعوى، ويكون ماورد بها من دفاع مطروحا على المحكمة ولمـــا كان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى والـــرد عليه واقتصر على الإحالة إلى أسباب الحكم الابتـــدائى الـــذى لـــم يتعرض للدفاع المذكور بل إنه قرر أن الطاعنين لم يطلبـــا إثبـــات دعواهما بأى طريق من طرق الإثبات ، لما كان ذلك فـــإن الحكـــم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور ".

(طعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١) [١]

---

(١) كما قضت بصدد النص فى قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ علـــى عدم جواز الجمع بين المحاماة وبين الاشتغال بالتجارة بأن :

" مؤدى نص المادتين ١٩، ٥٣ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الذى كان ساريا وقت صدور التفويض إلى المطعون عليه الأول- بيـــع العقار- هو عدم جواز الجمع بين المحاماة وبين الاشتغال بالتجارة وأن كل ما يترتب على مخالفة هذا الحظر هو توقيع الجزاءات التأديبية التى نصت عليها المادة ٥٣ سالفة الذكر ، مما مفاده أن المشرع لم يحرم على المحامى الاشتغال بالتجارة لعدم مشروعية محل الالتزام ، بل نص على هذا الحظر لاعتبارات قدرها تتعلق بمهنة المحامـــاة ، ومـــن ثـــم فـــإن الأعمال التجارية التى يقوم بها المحامى تعتبـــر صـــحيحة ، ويجـــوز للمطعون عليه الأول وهو محام أن يطالب بالأجر الذى يســـتحقه عـــن عملية السمسرة موضوع النزاع متى قام بها على الوجه الـــذى يتطلبـــه القانون "

(طعن رقم ٥٣٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/٧)

مادة (٤٦٣)

إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشترى أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه من زمن .

الشرح

٢٩١ـ مضمون الالتزام بتسلم المبيع :

يعتبر البائع موفيا بالتزامه بتسليم المبيع بمجرد وضعه تحت تصرف المشترى بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام قد أعلمه بذلك ، ولكن هذا التسليم القانونى لايحقق للبائع كل مزايا التسليم الفعلى ، ذلك أنه إذا لم يقم المشتري بوضع يده على المبيع فعلا ، وكان المبيع موضوعا فى مكان خاص بالبائع ، فإن البائع سيتحمل بالمحافظة عليه ، ولن يستطيع الاستفادة من المكان المشغول بالمبيع ، لذلك، فإن المشرع فى نفس الوقت الذى ألزم فيه البائع بتسليم المبيع إلى المشترى، ألزم المشترى بتسلم المبيع .

ويكون تسلم المبيع بالاستيلاء عليه استيلاء فعليا ، أى بوضع يد المشترى عليه ، ما لم يكن تسليمه قد تم حكما بمجرد التراضى .

ويكون تسلم المبيع بالطريقة التى تتفق مع طبيعته ، فإذا كان

منقولا فيكون تسلمه بقبضه أو بمجرد حيازته ، وإذا كان عقارا فبدخوله حيازته [١]، أو باستلام مفاتيح المكان الذى يحتويه [٢].

وإذا كان من الواجب تسليم المبيع على دفعات متتالية ، فالتخلف عن تسلم الدفعة الأولى يكون بمثابة التخلف عن تسلم كل المبيع . ولكن التخلف عن تسلم الدفعات الأخيرة لا يمس ما تم تسلمه من الدفعات الأولى .

٢٩٢ـ مكان وزمان تسلم المبيع :

الأصل أن زمان التسلم ومكانه يحددهما اتفاق العاقدين ، وهما يكونان عادة زمان التسليم ومكانه لأن التسلم والتسليم يغلب فيهما أن يتما معا . فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم التسلم دون إبطاء بمجرد التسليم من البائع إلا ما يقتضيه التسلم من زمن ، ووجب أن يكون فى مكان التسليم .

وقد ذكرنا سلفا أنه إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد زمان التسليم ومكانه ، فإن التسليم يكون واجبا فور العقد وفى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت العقد . وهذا هو الفرض الذى واجهته المادة ٤٦٣ إذ أوجبت على المشترى أن يتسلم المال المبيع فى المكان الذى يوجد فيه ذلك المال وقت البيع [٣].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٥٥ ومابعدها .

(٢) محمد كمال عبد العزيز ص ٤٦٣ .

(٣) سليمان مرقس ص ٤٤٣ – محمد شكرى سرور ص ٤٠٢ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" كما أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، كـذلك المشـترى يلتـزم بتسلمه ، وزمان التسلم ومكانه يحددهما عقد البيع ، وهما يكونـان عادة زمان ومكان التسليم . فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك، وجب أن يتم التسلم دون إبطاء بمجرد التسليم من البـائع ، إلا مـا يقتضيه التسلم من زمن ، ووجب أن يكون فى مكان التسليم (م٦١٥ من المشروع ولانظير لها فى التقنين الحالى) [١].

٢٩٣ـ جزاء إخلال المشترى بتنفيذ التزامه بتسلم المبيع :

إذا أخل المشترى بتنفيذ التزامه بتسلم المبيع ، بأن لم يقم بتسلمه فإنه يجوز للبائع :

١- طلب التنفيذ العينى :

للبائع أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام المشترى تنفيـذا عينيـا جبرا عنه ، وله فى سبيل ذلك أن يطلب الحكم عليه بغرامة تهديدية عن كل يوم يمضى دون هذا التسلم وذلك لحمله على ذلك [٢].

وللبائع إذا أراد التخلص من عبء المحافظة على المبيع، أو إذا احتاج إلى المكان الموجود به ، أن ينذر المشترى بتسـلمه ، فـإن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٦٢ .

(٢) السنهورى ص ٨٥١- محمد لبيب شنب ص ٢٥٧ .

امتنع[١] كان له أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إيداعه فى مكان آخر على ذمة المشترى ونفقته ، وذلك إذا كان المبيع منقولا يمكن إيداعه ، أما إذا كان المبيع عقارا أو منقولا معدا للبقاء حيث وجد فللبائع أن يطلب وضعه تحت الحراسة على نفقة المشترى عملا بالمادة ٣٣٦ مدنى التى تجرى على أن :

" إذا كان محل الوفاء شيئا معينا بالذات ، وكان الواجب أن يسلم فى المكان الذى يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إيداعه فإذا كان هذا الشئ عقارا أو شيئا معدا للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة ".

وإذا كان المبيع مما يسرع إليه التلف ، أو مما يكلف نفقات باهظة فى إيداعه أو حراسته ، فللبائع أن يبيعه بالمزاد العلنى بعد استئذان من القضاء ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة عملا بالفقرة الأولى من المادة ٣٣٧ مدنى التى تجرى على أنه :

" يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلنى الأشياء التى يسرع إليها التلف أو التى تكلف نفقات باهظة فى إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة " .

---

(١) وإذا أعذر المشترى البائع يطالبه بتسليم المبيع ثم لم يتم التسلم وجب على البائع حتى يحتج على المشترى بعدم تسلمه للمبيع ، أن يعذره هو أيضا بالتسلم حتى يثبت عليه التأخير فى تنفيذ هذا الالتزام (السنهورى ص ٨٥٢ هامش (١) .

فإذا كان الشئ له سعر معروف فى الأسواق أو كان التعامل فيه متداولا فى البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر بيعه ممارسة بالسعر المعروف عملا بالفقرة الثانية من المادة ٣٣٧[١] سالفة الذكر التى تجرى على أن :

" فإذا كان الشئ له سعر معروف فى الأسواق أو كان التعامل فيه متداولا فى البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف " .

٢- الفسخ :

للبائع بدلا من طلب التنفيذ العينى ، أن يطلب - بعد إعذار المشترى- فسخ البيع لإخلاله بالتزامه بتسلم المبيع . ويخضع الفسخ - طبقا للقواعد العامة- لتقدير القاضى ، فإذا رأى مبررا للفسخ قضى به ، وإلا أعطى المشترى مهلة لتسلم المبيع .

أما إذا تضمن عقد البيع شرطا صريحا فاسخا ينص على تحقق الفسخ بمجرد امتناع المشترى عن تسلم المبيع دون اللجوء إلى القضاء فإنه يجب إعمال هذا الشرط .

٣- التعويض :

سواء طلب البائع التنفيذ العينى أو الفسخ فله فى الحالتين أن يطلب تعويضا عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشترى عن

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٥٧ ومابعدها - محمد شكرى سرور ص ٤٠٣- أنور سلطان ص ٣٦٦ .

تنفيذ التزامه بتسلم المبيع، وذلك كأجرة المكان الذى بقى مشـــغولا بالمبيع بعد حلول وقت تسلمه [١].

ويذهب البعض إلى أنه يجوز للبائع أن يعتبر البيـــع مفســـوخا بإرادته المنفردة دون حاجة إلى استصدار حكـــم ، إذا مـــا رفـــض المشترى استلام المبيع وكان هذا المبيع من المنقولات ، قياسا على ما تنص عليه المادة ٤٦١ التى تجرى على أنه فى بيع العـــروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الـــثمن عنـــد حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجـــد اتفـــاق علـــى غيره[٢].

ويراعى أنه يمكن للبائع الاكتفاء بتسليم المبيع إلى المشترى أى بوضعه تحت تصرفه وتمكينه من الاســـتيلاء عليـــه ، ولايطالـــب المشترى بعد ذلك بتسلمه . فيكون البائع قد قام بالتزامه بالتســـليم ، ومن ثم يحق له مطالبة المشترى بالثمن ، سواء تســـلم المشـــترى المبيع أو لم يتسلمه [٣].

---

(١) السنهورى ص ٨٥٢ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٢٥٨ ومابعدها – وحكم مصر الابتدائية التجارية فى ٦ مارس ١٩٤١ المشار إليه بهامشه .

(٣) السنهورى ص ٨٥١ هامش (٢) – المستشار أنور طلبه ص ٧٠٢ .

مــادة (٤٦٤)

نفقات تسلم المبيع على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفــاق يقضى بغير ذلك .

الشــرح

٢٩٤- التزام المشترى بنفقات تسلم المبيع :

لما كان المشترى ملزما بتسلم المبيع ، فإنه وفقا للقاعد العامــة يتحمل نفقات الوفاء بهذا الالتزام .

إذ نصت المادة ٣٤٨ مدنى على أن " تكون نفقات الوفاء علــى المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " ، ولذلك نصت المادة ٤٦٤ على أن نفقات تسلم المبيع على المشترى ما لم يوجــد عرف أو اتفاق بغير ذلك .

والمقصود بنفقات التسلم نفقات الاستيلاء الفعلى علــى المبيــع ونقله ، فتشمل نفقات نقل المبيع من مكان التسليم إلى مكان التســلم إذا كان المكانان مختلفين وكذلك نفقات النقل بعد الاســتيلاء إلــى المكان الذى يريده المشترى . كما يشمل الرسوم الجمركية ورسوم الاستهلاك [١]. ونفقات حيازته فعلا [٢].

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٣٥ ومابعدها – عبد الناصر العطــار ص ٣٦٣ ومابعدها .

(٢) خميس خضر ص ٢٨٦ .

وكل هذا إذا لم يوجد اتفاق أو عرف على خـلاف ذلـك ، إذ يكون هذا الاتفاق أو العرف واجب الاتباع وكان المشروع التمهيدى ينص فى الفقرة الثانية من المادة (٦١٦) المقابلة للمادة (٤٦٤) من القانون على أن :

" وكذلك الحال فى نفقات النقل ، إذا وجب نقل المبيع إلى مكان غير الذى ينفذ فيه العقد . ويعتبر البائع قد رضى أن يتحمل نفقـات النقل إذا اشترط المشترى التسليم خالص الأجر ، وإذا اتفق على أن يكون التسليم خالصا من أجر " الشحن " ومن الرسوم الجمركيـة ، اعتبر البائع راضيا أن يتحمل الرسوم التى تجبى فى نقل البضاعة ، وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ، ولكنه لايتحمل رسوم الاستهلاك التى تجبى عند تسلم المبيـع " - إلا أنـه فـى لجنـة المراجعة اقترح (معالى السنهورى باشا) حذف هـذه الفقـرة لأن مكانها القانون التجارى ، فوافقت اللجنة على ذلك [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما ما يقتضيه التسلم من نفقات (فى النقل والشحن ونحو ذلك) فهو على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ، ونفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٦٢ ومابعدها .

على البائع ، ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسلم إذا كان المكانان مختلفين تكون على المشترى ، وإذا كان المشترى فى مكان غير مكان البائع ، واشترط التسليم خالص الأجر ، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشترى ونفقات النقل عليه ، بل قد يشترط المشترى أن يكون التسليم خالصا ، لا من أجر الشحن وحده، بل كذلك من الرسوم الجمركية ، فيتحمل البائع هذه الرسوم ، سواء كانت تجبى وقت خروج البضاعة من بلد البائع، أو أثناء عبورها فى الطريق ، أو عند وصولها إلى بلد المشترى ، أما رسوم الاستهلاك التى قد تجبى عند تسلم المبيع فهى على المشترى (م٦١٦ من المشروع وما يقابلها م٢٨٤/٣٥٦ من التقنين الحالى، وهى تجعل مصروفات المشال على المشترى دون تفصيل فى ذلك).

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على غيرها "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٦٣ .

٢ـ بعض أنواع البيوع
بيــع الوفـــاء
مــادة (٤٦٥)

إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خــلال فتــرة معينة وقع البيع باطلا .

الشــرح

٢٩٥ـ المقصود ببيع الوفـــاء :

بيع الوفاء (أو البيع الوفائى) هو بيع يحتفظ فيه البائع بحقه فـــى أن يسترد المبيع خلال مدة معينة مقابل رد الثمن ومصروفات العقد ومصروفات الاسترداد، والمصروفات التى يكون قد أنفقهـــا علـــى المبيع ، على أمل أن تتحسن حالته المالية ، فيستطيع أن يرد الثمن والمصروفات وأن يسترد المبيع خلال الأجل المتفق عليه .

وسنرى أن التقنين المدنى القديم كان ينظم بيع الوفـــاء تنظيمـــا مسهبا ، إلا أن التقنين الجديد اعتبر هذا النوع من البيع باطلا .

٢٩٦ـ مساوئ بيع الوفـاء .

١- بيع الوفاء- كما سنرى- بيع معلق على شـــرط فاســـخ ، ويترتب على وجود هذا الشرط حالة عدم اســـتقرار ، لأن المبيـــع يعتبر أثناء قيام الشرط مملوكا لشخصين ، المشترى المالك تحـــت شرط فاسخ والبائع المالك تحت شرط موقف ، وكان من شأن هـــذه

الحالة- فى ظل التقنين الملغى الذى كان ينظم هذا النوع من البيع- إحجام الغير عن التعامل مع المشترى بخصوص المبيع ، وإهمال المشترى فى الاعتناء به والقيام بالإصلاحات والتحسينات التى تستوجبها حالته لعلمه أن الملكية لم تثبت له بعد .

٢- أن بيع الوفاء كثيرا ما يتخذ وسيلة للتحايل على القواعد الآمرة فى الرهن التى تقضى ببطلان كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله فى أن يتملك المال المرهون فى نظير ثمن معلوم (م١٠٥٢، ١١٠٨ مدنى) ، وذلك بأن يعقد المتعاقدان بيع وفاء ويكون المقصود به رهن المبيع للمشترى الذى أقرض البائع مبلغا من النقود . فيبدو المقترض الذى رهن ماله على أنه بائع ويظهر الدائن المرتهن الذى أقرضه مشتريا ، ويكون المال المرهون بمثابة المبيع ، والدين الذى يضمنه الرهن بمثابة الثمن .

فإذا لم يستعمل البائع وهو فى الحقيقة راهن حقه فى استرداد المبيع (وهو فى الحقيقة مجرد مال مرهون) فى المدة المحددة، أى إذا لم يوف الدين فى الميعاد المتفق عليه أصبح المشترى (وهو فى الحقيقة دائن مرتهن) مالكا للمبيع فى مقابل ثمن هو فى الحقيقة الدين الذى يضمنه الرهن [١].

---

(١) خميس خضر ص ٢٩٢ .

٣- قد يتخذ بيع الوفاء أيضا وسيلة للتحايل على قاعدة تحريم الاتفاق على فائدة يزيد سعرها على سبعة فى المائة (م٢٨٨ مدنى) والاتفاق بذلك على الربا الفاحش ، وذلك بأن يذكر فى عقد بيع الوفاء ثمن أكبر من الثمن الذى دفعه المشترى (أى أكبر من مبلغ القرض الذى دفعه الدائن المرتهن) فيتعين على البائع أن يدفع الثمن المذكور فى العقد إذا أراد استرداد المبيع (أى المال المرهون) .

٢٩٧ـ مزايا بيع الوفاء :

ليست تخفى فائدة بيع الوفاء بالنسبة للبائع الذى يحتاج إلى نقود، ولايريد فى الوقت نفسه أن يكون حصوله عليها مقابل التخلى بصفة نهائية عن ملكية شئ يملكه لاعتقاده بأن أحواله المالية ستتحسن فى المستقبل بما يمكنه من رد ما أخذه من نقود واسترداد مبيعه . لذلك كان هذا النوع من البيع جائزا فى المجموعة المدنية القديمة كما ذكرنا[1].

غير أن هذه المزية لاتعوق مساوئ هذا النوع من البيع ، ولذلك عدل عنه التقنين المدنى الجديد .

٢٩٨ـ طبيعة بيع الوفاء :

بيع الوفاء يعتبر بيعا معلقا على شرط فاسخ هو رد الثمن والمصاريف فى الميعاد المتفق عليه ، فإذا تحقق هذا الشرط اعتبر

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٤٠٧ ومابعدها .

البيع كأن لم يكن ، بمعنى أن المبيع يعتبر كأن لم يخرج أبدا من ملك البائع ولم يدخل قط فى ملك المشترى . أما إذا انقضت المدة المعينة فى العقد ولم يستعمل البائع حقه فى استرداد المبيع ، سقط خياره وثبتت الملكية نهائيا للمشترى (١).

٢٩٩- بيع الوفاء فى التقنين المدنى القديم :

كان التقنين المدنى القديم يجيز بيع الوفاء وينظمه تنظيما مسهبا.

وكان ذلك التقنين يقسم بيع الوفاء إلى قسمين :

فقد جاء فى المادة ٤٢١/٣٣٨ منه : " ينقسم بيع الوفاء إلى نوعين : الأول – جعل العقار أو الشئ المبيع بيع وفاء رهنا للمشترى لسداد الدين الذى على البائع . الثانى- البيع مع اشتراط البائع استرداد المبيع وإعادة الأشياء إلى الحالة التى كانت عليها أولا إذا أحب ذلك " وكانت المادة ٤٢٢/٣٣٩ تقول : " تتبع فى النوع الأول من بيع الوفاء الضوابط المختصة برهن العقار أو المنقول ، وفى النوع الثانى من بيع الوفاء تتبع الضوابط الآتية " . أى تتبع القواعد المقررة فى الفصل الخاص ببيع الوفاء .

وزاد التقنين المختلط الملغى فى المادة ٤٢٣ منه نصا يبين فيه بعض الضوابط التى يمكن بها تمييز أحد نوعى بيع الوفاء عن

(١) أنور سلطان ص ٣٦٨ – محمد شكرى سرور ص ٤٠٧ .

الآخر ، فقال : " فى حالة الاشتباه يعتبر البيع فى مقام رهن إذا كان الثمن مدفوعا فورا أو صارت المقاصة فيه بدين سابق ، أو اشترط رده مع فوائده ، أو إذا بقى الشئ المبيع تحت يد البائع بأى وجه كان، وفى غير ذلك يعتبر البيع باتا ، وكل دليل ثبوت مناف لما ذكر يقبل بدون مراعاة لنص المشارطة " .

وقد حدا ذلك المرابين إلى إيثار إخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء لأن سلوك هذا السبيل يوفر عليهم الإجراءات التى لابد منها فى التنفيذ بالرهن ويخولهم ملكية المرهون ويسمح لهم بتقاضى فوائد فاحشة إذا ما انكشفت حقيقة البيع وظهر أنه يخفى رهنا ، إذ تبقى لهم فى هذه الحالة مزايا الرهن .

وهذا ما حدا الشارع إلى التدخل بإصدار القانون ٤٩/٥٠ لسنة ١٩٢٣ الذى ألغي المادتين ٣٣٨، ٣٣٩ من التقنين الأهلى بالقانون رقم ٤٩ ، والمواد ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣ من التقنين المختلط بالقانون رقم (٥٠) واستعاض عنها بالنصوص الآتية :

المادة ٤٢١/٣٣٨ : " حق استرداد المبيع أو الشرط الوفائى هوشرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة مقابل دفع المبالغ المنصوص عليها فى المادة ٣٤٤ فى الميعاد المتفق عليه " .

المادة ٤٢٣-٤٢٢/٣٣٩ : " إذا كان الشرط الوفائى مقصودا به إخفاء رهن عقارى (un gage immobilier) فأن العقد يعتبر

باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا - ويعتبر العقد مقصودا به إخفاء رهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات ويجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما فى العقد بدون التفات إلى نصوصه " .

ونعرض لأحكام هذا الرهن بشئ من التفصيل فيما يلى :

٣٠٠ـ بيع الوفاء الذى يقصد به إخفاء رهن :

أوضحت المادة ٣٣٩/٤٢٢-٤٢٣ أن العقد يعتبر مقصودا به إخفاء رهن فى حالتين :

١- إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد ، وذلك لأن ذكر الفوائد قرينة على أن العقد قرض ، لأنه فى البيع الوفائى لايلزم البائع بدفع الفوائد ، بل إنها تكون مقابل ثمار الشئ المبيع .

٢- إذا بقى المبيع تحت يد البائع بأية صفة من الصفات ، وذلك لأن بقاء الشئ فى حيازة البائع دليل على أنه لم يقصدبه نقل ملكيته إلى المشترى ، وبالتالى يكون ذلك دليلا على أن العقد فرض مع تأمين .

فالمشرع قد أنشأ بهذا النص قرينتين على أن المقصود بالبيع الوفائى إخفاء رهن حيازى . وهاتان القرينتان قاطعتان لايجوز إثبات عكسهما ، وتعفيان البائع من عبء إثبات أن المقصود ببيع الوفاء إخفاء رهن(١) .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤١٩ ومابعدها

فإذا كان عقد البيع الوفائى يقصد به إخفاء عقد رهن فإنه يكون باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا وفائيا أو بصفته رهنا .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إذا كانت المحكمة قد اعتبرت القرينة التى تضمنها المادة ٣٣٩ من القانون المدنى القديم وهى بقاء العين المبيعة فى حيـازة البائع ليست قرينة قانونية قاطعة وإنما تقبل إثبات العكـس بكافـة طرق الإثبات وكان الحكم قد قرر ذلك وأحال الدعوى إلى التحقيق ليثبت البائع بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة أن عقد البيع الصادر منه هو فى الواقع عقد رهن فى صورة عقد بيع وفائى فإنه يكـون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/١٥)

٢- " وحيث إن هذا النعى صحيح ذلك أنه قبل صدور القـانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ لم يكن البيع الوفائى الذى يخفى رهنا بـاطلا بل كان كل ما يهدد المشترى بعقد وفائى هو أن يعتبر عقده فى هذه الحالة بمثابة عقد رهن تنطبق عليه قواعد الرهن وبذلك ينتفع بكـل ما للدائن المرتهن من حقوق وقد شجع هذا الدائنين علـى إسـاءة استعمال عقد البيع الوفائى واتخاذه وسيلة لسـتر الرهـون بقصـد الاحتيال على التخلص من القيود التى وضـعها القـانون لحمايـة المدينين الراهنين وأهمها منع المرتهن فى حالة عدم الوفـاء مـن

تملك العين المرهونة بغير الاتجاه إلى القضاء مما حدا بالمشرع على ما صرح فى المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور للتدخل للقضاء على هذه الحيل ووضع نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفائى الذى ينطوى على الرهن فأصدر هذا القانون (رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣) معدلا للمادتين ٣٣٨، ٣٣٩ من القانون المدنى وأصبح نص المادة الأخيرة كالآتى " إذا كان الشرط الوفائى مقصودا به إخفاء رهن عقارى فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا- ويعتبر العقد مقصودا به إخفاء رهن إذاالشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات " ومؤدى ذلك أن المشرع وقد كان هدفه القضاء على البيوع الوفائية التى تخفى رهونا وسد السبيل على ضروب التحايل للخروج على نواهى القانون قد أورد هاتين القرينتين كقرينتين قانونيتين قاطعتين بحيث إذا توافرت إحداهما كان ذلك قاطعا فى الدلالة على أن القصد من العقد هو إخفاء رهن ومانعا من إثبات العكس وعلة تقرير هاتين القرينتين بالذات هو أن بقاء العين فى حيازة البائع واشتراط رد الثمن مع الفوائد مما يتنافى مع خصائص عقد البيع الوفائى الجدى يؤيد هذا النظر الذى سبق لهذه المحكمة أن قررته فى حكمها الصادر فى الطعن رقم ٣٠٢ سنة ٢٢ق اتجاه المشرع إلى إلغاء البيع الوفائى نهائيا فى القانون المدنى الجديد اكتفاء بالنصوص الخاصة بالرهن

ولم يكن التقنين المدنى القديم يتضمن نصا كنص المادة ٤٠٤ من التقنين الحالى الذى يجيز نقض القرينة القانونية بالتدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك وكان الرأى قبل صدور هذه المادة متجها إلى الأخذ بما هو مقرر فى فرنسا بنص صريح فى المادة ١٣٥٢ من القانون المدنى الفرنسى من عدم جواز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل على أساسها تصرفا معينا ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر قرينة بقاء العين المبيعة فى حيازة الطاعن وهو البائع ليست قاطعة ودلل على عكسها وانتهى رغم قيام هذه القرينة إلى اعتبار العقد بيعا وفائيا صحيحا فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ١٦٨ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٢/٢١)

٣- " تقضى المادتان ٣٣٨، ٣٣٩ من القانون المدنى القديم المعدلتان بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ ببطلان عقد البيع الوفائى المقصود به إخفاء رهن سواء بصفته بيعا أو رهنا وبأن العقد يعتبر مقصودا به إخفاء الرهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأية صفة من الصفات . وهاتان القرينتان – على ما استقر عليه قضاء محكمة النقض – من قبيل القرائن القانونية القاطعة بحيث إذا توافرت إحداهما كان ذلك قاطعا

فى الدلالة على أن القصد من العقد هو إخفاء رهن ومانعا من إثبات العكس " .

(طعن رقم ٣٤١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/١/٣)

٤- " تنص المادة ٣٣٩ من القانون المدنى الملغى بعد تعـديلها بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ على أنه " إذا كان الشـرط الوفـائى مقصودا به إخفاء رهن عقارى فإن العقد يعتبر باطلا لا أثـر لـه سواء بصفته بيعا أو رهنا – وأن العقد يعتبر مقصودا بـه إخفـاء رهن إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأي صفة من الصُفات" وقد جري قضاء محكمة النقض علي أن المشرع أورد هذه القرينة كقرينة قانونية قاطعة في الدلالة علي أن العقد يستر رهنا ومانعـة من إثبات العكس ومن ثم فإن في اعتماد الحكم المطعون فيه علـي هذه القرينة وحدها ما يكفي لحمل قضائه ببطلان عقد البيـع علـى أساس أنه يخفى رهنا " .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)

غير أن القرينتين المذكورتين لم تردا على سبيل الحصر وإنما على سبيل التمثيل . وقد نصت المادة ٤٣٢/٣٣٩-٤٣٣ على أنـه يجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما فى العقد بـدون التفـات إلـى نصوصه ، وليس ذلك إلا تطبيقا للقواعد العامة التـى تجيـز فـى العقود المنطوية على غش الإثبات بجميع الطرق.

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " فإذا ادعى المستأنف أن العقد الذى صدر منه فى صورة بيع لم يكن إلا استدانة بفائدة ربوية مضمونة برهن تأمينى أفرغ فى قالب بيع بات اقترن به تأجير العين له ، وكذلك إقرار من العاقد معه برد العين إليه فى الأجل المحدد والقيمة المتفق عليها فى العقد، ثم أخذت محكمة الدرجة الأولى بدعواه وبينت الأدلة والقرائن التى استندت إليها ، ولكن محكمة الاستئناف ، رغم تمسكه بدعواه هذه وطلبه إجراء التحقيق لاثباتها ، لم تأخذ بها متعللة فى قضائها بأن محل ذلك أن يكون العقد قد اشتمل على شرط الاسترداد وإلا فلا يمكن إثبات عكس الوارد به بغير الكتابة ، فقضاؤها بذلك مخالف لحكم المادة ٣٣٩ السابقة الذكر " .

(طعن رقم ٧٠ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/٣/٤)

٢- " إنه وفقا للمادة ٣٩٩ من القانون المدنى يجوز للبائع أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن العقد وإن كان بحسب نصوصه الظاهرة بيعا باتا فإنه فى حقيقة الأمر يستر رهنا حيازيا . وإذن فإذا الحكم قد استخلص من شهادة الشهود الذين سمعتهم المحكمة أن الإقرار الصادر بعد العقد محل الدعوى بحوالى أربع سنوات إنما ينصب على هذا العقد واستنتج من عباراته أن الطرفين فى ذلك العقد إنما قصدا به فى الحقيقة أن يكون ساترا لرهن

حيازى فإنه لايكون قد أخطأ ، إذ يكفى فى اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التىتربطه بالعقد وإن اختلف تاريخها ".

(طعن رقم ٥٠ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١٥)

٣- " إذا كانت الورقة المختلف على تكييفها - هل هى ورقة ضد عن العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هى وعد بالبيع- مذكورا فيها أنه " إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول " ، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول فى مدة الوفاء، وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقى الذى ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التعاقد وإن تعلق على شرط فاسخ ، وإذن فاعتبار تلك الورقة متضمنة شرط تمليك الدائن للأطيان مقابل الدين فى نهاية الأجل المحدد للوفاء ، هو اعتبار تسوغه عبارتها وليس فيه مسخ لمدلولها " .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١٥)

٣- " بقاء العين فى حيازة البائع وفاء يصلح لأن يكون دلالة- قرينة قضائية- على أن نية العاقدين لم تنصرف إلى معنى البيع والشراء بل انصرفت إلى معنى الرهن وإخفائه فى صورة البيع ولو كان العقد موضوع النزاع قد أبرم قبل العمل بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٢٣ وتقدير هذه القرينة مسألة موضوعية لامعقب فيها على محكمة الموضوع إذا ما اطمأنت إليها . وإذن فإذا كان الحكم إذ

قضى باعتبار العقد الصادر للطاعن مخفيا لرهن قد أقـــام قضـــاءه على ما استخلصه من بقاء المبيع فى حيازة البائعين وكان الظـــاهر من أسبابه أنه لم يعتبر ذلك قرينة قانونية بالمعنى الذى قرره القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٢٣ - كان النعى عليه أنه خالف قواعد الإثبـــات فأخطأ فى تطبيق القانون بمقولة إنه اعتبر بقاء العين فـــى حيـــازة البائعين قرينة قانونية فى حين أن القانون سالف الذكر صدر بعـــد انعقاد العقد - على النعى على غير أساس ".

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣)

٢- " لاتثريب على المحكمة إن هى اتخذت مـــن وضـــع يـــد البائعين وفاء على التعاقب على المبيع بوصفهم مستأجرين قرينـــة قضائية على أن البيع فى حقيقته رهن بالنسبة لهم جميعا " .

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣)

٣- " إن المادة ٣٣٩ من القانون المدنى الملغى بعـــد تعـــديلها بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ إذ أجازت إثبات أن الشرط الوفـــائى مقصود به إخفاء رهن عقارى بكافة طرق الإثبات دون التفات إلى نصوص العقد فإن ذلك منها لم يكن إلا تطبيقا للقواعد العامة التـــى تجيز إثبات الغش بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن وعلى ذلـــك فإن تلك المادة لاتتضمن أى استثناء تنفرد به عـــن ســـائر العقـــود المنطوية على الغش من حيث طرق الإثبات " .

(طعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٣)

٤- " لمحكمة الموضوع أن تستنبط القرائن التى تعتمد عليها فى إثبات الغش من أقوال شهود سمعهم الخبير دون حلف يمين ومن المعاينة التى أجراها ذلك الخبير ومن المستندات التى قدمها الخصوم إليه دون أن تكون ملزمة بإجراء أى تحقيق بنفسها " .

(طعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٣)

٥- " ما يجوز إثباته بالبينة يجوز أيضا إثباته بالقرائن ولمحكمة الموضوع حرية اختيار طريق الإثبات الذى تراه موصلا للكشف عن الحقيقة مادام الإثبات جائزا بجميع الطرق " .

(طعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٣)

٦- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الصورية النسبية التدليسية التى تقوم على إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا على القانون يترتب عليه بطلان البيع إذ عقد البيع الذى يخفى رهنا ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذا هو رد الثمن إلى المشترى إنما هو صورة من بيع الوفاء الذى خطره المشرع بالنص على بطلانه فى المادة ٤٦٥ من القانون المدنى ، وهذه الصورية النسبية تثبت بالبينة وسائر طرق الإثبات الأخرى دون التفات إلى نصوص العقد أو ما أصدره المتعاقدان من إقرارات " .

(طعن رقم ٥٧٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٥/٦)

٧- " وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة ولايلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع مادام الثابت أن الاتفاق على الأمرين معاً فى وقت واحد . وكان أساس بطلان البيع الوفائى الذى يستر رهناً هو عدم مشروعيته فإن للمتعاقد أن يثبت بكافة طرق الإثبات – ومنها البينة والقرائن – بأن العقد لم يكن بيعاً باتاً وإنما هو – على خلاف نصوصه- يخفى رهناً . لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن عقد البيع المؤرخ ١٩٩١/٩/٢٩ لم يكن بيعاً وإنما هو فى حقيقته يخفى رهناً واستدل على ذلك ببخس الثمن الوارد بالعقد عن ثمن الأطيان وعدم معاينة المشترى للمبيع أو استلامه له وقدم المستندات الدالة على مديونيته للمطعون ضده الأول وهى عقد المشاركة وكفالات السيارات مقرراً أن العقد إنما حرر ضماناً لذلك الدين وطلب إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات، هذا الدفاع الجوهرى الذى يتغير به – إن صح- وجه الرأى فى الدعوى بيد أن الحكم اطرحه بقالة إن العقد قد خلا من شرط حق البائع فى استرداد المبيع خلال فترة معينة فحجب نفسه عن بحث دلالة تلك القرائن والمستندات ولم يعن بطلب إحالة الدعوى للتحقيق مما يعيبه بالخطأ فى تطبيق

القانون والإخلال بحق الدفاع ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعنين " .

(طعون أرقام ٤٦٤٣، ٤٦٤٤، ٤٦٤٥ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٢/٦/٩)

٣٠١ـ حقوق المشترى فى بيع الوفاء :

حق المشترى فى البيع وفاء هو حق الملك التام فى المدة المتفق عليها إلا أنه حق غير ثابت لأنه تحت شرط فاسخ . فالمشترى يتمتع بالمبيع واستغلاله بجميع الطرق المخولة قانونا لكل مُالك وذلك من يوم البيع (مادة ٣٤٠) ، فله أن يبيعه أو يرهنه أو يرتب عليه حقوق ارتفاق .

ويده على المبيع يد شرعية فإذا لم يكن البائع مالكا للمبيع وكان عقارا واستمرار وضع يده عليه خمس سنوات فالمشترى يصبح مالك بالتقادم الخمسى .

وإذا كانت المدة أقل من ذلك وكان البائع واضعا يده على العقار قبل ذلك بحسن نية جاز للمشترى أن يضم المدتين ويتملك العقار إذا كان مجموع المدتين خمس سنوات .

وإن لم يكن للبائع يد سابقة على المبيع ، ومضت مدة العقد وكانت أربع سنوات ولم يسترد البائع المبيع ، ومضت سنة خامسة قبل أن يظهر المالك الحقيقى يصبح المشترى مالكا نهائيا .

ويشترط فى ذلك حسن النية فإن لم تكن النية حسنة وجب أن تكون المدة خمس عشرة سنة .

وللمشترى إذا كان المبيع مرهونا أن يطلب من الدائن المرتهن تجريد المدين أولا من أملاكه الأخرى قبل التنفيذ على العين المبيعة بيعا وفائيا .

وكذلك للمشترى الحق فى رد طلب الدائنين العاديين استرداد المبيع بالنيابة عن البائع وفى تجريد المدين أولا مما يكون له من الممتلكات الأخرى [١].

حق استرداد المبيع أو الشرط الوفائى :

٣٠٢ـ المقصود به وشروطه :

رأينا أن المادة ٤٢١/٣٣٨ تنص على أن : " حق استرداد المبيع أو الشرط الوفائى هو شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة مقابل دفع المبالغ المنصوص عليها فى المادة ٣٤٤ فى الميعاد المتفق عليه ".

فيجب أن يقترن البيع الوفائى منذ انعقاده بالشرط الوفائى. أى بالاتفاق على أن يكون للبائع حق استرداد المبيع فى مقابل رد ثمنه والمصاريف فى خلال مدة معينة . وذلك لأن بيع الوفاء بيع مقترن

---

(١) أحمد فتحى زغلول شرح القانون المدنى سنة ١٩١٣ ص ٢٥٤ ومابعدها .

بشرط فاسخ ، ولأن البيع إذا لم يقترن عند انعقاده بالشرط الوفـــائى فإنه ينعقد غير موصوف ولا يكون ثمة سبيل إلى تحويله إلى عقــد موصوف بإضافة الشرط الوفائى إليه بعد انعقاده .

والمقصود بهذا الاقتران المعاصرة الذهنية فى الاتفـــاق علــى البيع والشرط معا ، ولو لم يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيـــع، مادام الثابت أن الاتفاق على الأمرين معا فى وقت واحد، ويتحقــق المعاصرة الذهنية بين البيع وبين حق البائع فى الاســترداد ســواء كانت الورقة سابقة أو لاحقه على البيع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " ليس صحيحا القول بأن شرط استرداد العين المبيعة يجب أن يثبت بعقد البيع نفسه وإلا اعتبر وعدا بالبيع ، فإن المـــادة ٣٣٩ من القانون المدنى القديم تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق ومنهـــا البينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعا باتا وإنما هــو علـــى خـــلاف نصوصه يستر رهنا حيازيا ، ومن ثم فلا تترتب على المحكمة إذا هى اعتبرت تلك البقايا من الورقة المشار إليها فيما ســلف مبــدأ ثبوت بالكتابة واستخلصت من شهادة الشهود والقرائن ما يثبــت أن العقد وإن كتب فى صورة عقد بيع بات هو فى حقيقته يخفى رهنا".

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١١/٢٢)

٢- "لايشترط على ما جرى به قضاء محكمة النقض لاعتبار البيع وفائيا أن يثبت شرط استرداد المبيع فى عقد البيع نفسه بل يجوز وروده فى ورقة مستقلة " .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)

٣- " مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، ولايلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع بل يجوز إثباته فى ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع " .

(طعن رقم ٧٨٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٥)

٤- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة ولايلزم أن يدرج هذا الشرط فى وقت واحد وأن المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع فى الاسترداد تتحقق سواء كانت الورقة سابقة أو لاحقه على البيع ".

(طعن رقم ٩٩٩ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٨)

٥- " مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة طرفيه وقت إبرام العقد

إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة ولايلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع مادام الثابت أن الاتفاق قد تم على الأمرين معاً فى وقت واحد وأن المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع فى الاسترداد تتحقق سواء كانت الورقة سابقة أو لاحقة على البيع ... وكانت هذه المحكمة تشاطر محكمة أول درجة فيما استخلصته من عبارات هذا الاتفاق من أن البيع الذى تم بين مورثة المستأنف عليهم الثمانية الأوائل ومورث المستأنف عليهم من التاسعة وحتى الرابعة عشر والذى تم تسجيله بموجب العقد المسجل رقم ... قنا وما تلاه من تصرف مورث الأخيرين إلى المشترين الجدد سالفى الذكر ومن بينهم المستأنفة الأولى والذى تم تسجيله من بعد تحت رقم ... قنا بتاريخ .... هنا فى حقيقتهما عقدا بيع وفائيان باطلان بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام " .

(طعنان رقما ٤٢٣٣، ٥٨٧٤ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٣)

فإذا لم تتوافر هذه المعاصرة الذهنية ، فإن البيع ينعقد باتا ، ويكون الشرط اللاحق إما وعدا بالبيع أو بيعا معلقا على شرط واقف تبعا لنية المتعاقدين . وقد غلبت المادة ٤٢٥ مدنى مختلط هذا التكييف الأخير إذ تقول " إذا لم يشترط حق الاسترداد فى العقد نفسه فمن يكسب هذا الحق لايعود مالكا إلا من يوم اشتراطه هذا الحق " .

ولأن التقنين الأهلى لم يتضمن نصا مماثلا للنص سالف الذكر، فإن المحاكم الأهلية لم تتقيد به ، وترك لها أن تستنبط من الظروف نية العاقدين فى اعتبار الشرط الوفائى اللاحق للعقد الأصلى بمثابة بيع ثان معلق على شرط واقف فيستند أثر الاسترداد حينئذ إلى وقت الاتفاق على الشرط الوفائى ، أو بمثابة وعد ببيع ثان فلا يكون حينئذ للاسترداد أثر إلا من وقت حدوثه باعتبار طلب الاسترداد قبولا للشراء يترتب عليه تحويل الوعد بالبيع إلى بيع(١).

٣٠٣ـ من له حق الاسترداد ؟

يثبت حق الاسترداد لكل من :

(أ) البائع : فللبائع أن يسترد المبيع طالما لم يتنازل عن حقه فى ذلك . وليس للبائع – كما سنرى- أن يفرق الصفقة على المشترى باسترداد جزء من المبيع وترك الجزء الباقى . ونفس الحكم يؤخذ به إذا تعدد البائعون وكان المبيع مشاعا بينهم وتم البيع بعقد واحد وثمن واحد ، حتى لايجد المشترى نفسه مالكا على الشيوع مع من طلب الفسخ من البائعين وهو ما لم يقصده.

وللمشترى إلزام البائعين بالاتفاق فيما بينهم على استرداد كل المبيع ، فإن لم يتفقوا امتنع عليهم جميعا استرداد المبيع . وليس لأحد البائعين استعمال حق غيره فى الاسترداد إلا إذا كان قد تنازل له عنه .

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٩٠ .

أما إذا تم البيع باتفاق كل واحد من البائعين مع المشترى على ثمن معين مقابل حصته ، كان لكل منهم أن يسترد حصته من المشترى ، دون أن يكون لهذا الأخير إلزامهم باسترداد كل المبيع ، لأن فى اشتراط ثمن مخصوص لكل حصة ما يدل على تجزئة الصفقة فى نظر المتعاقدين .

(ب) ورثة البائع : فلهم بعد وفاة مورثهم طلب استرداد المبيع وفاء، ويسرى عليهم ما يسرى على مورثهم من عدم جواز تجزئة الصفقة على المشترى ، وإذا كان بعض الورثة قصرا ، التزم الوصى قبل طلب الاسترداد بالحصول على إذن من محكمة الأسرة ، لأن الاسترداد يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ اتخذ أحد الورثة إجراء لمصلحة التركة يحفظ به حق باقى الشركاء فيها من السقوط فهو يقوم فى هذا الشأن مقامهم ويعتبر فى اتخاذ هذا الإجراء نائبا عنهم . وإذن فمتى كان الثابت من الحكم أن عرض ثمن المبيع وفائيا والملحقات على المشترى وإن كان موجها من أحد الورثة إلا أنه قد نص فى محضر الإيداع الذى تم قبل انقضاء المدة المحددة للاسترداد على أن المبلغ السابق عرضه هو مال الورثة جميعا وأن الوارث الذى قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم وكان المبلغ المودع يفى بما يجب أداؤه من الثمن ورسم

التسجيل . فإن إجراءات استرداد العين المبيعة وفائيا تكون قد تمت صحيحة من جميع الورثة ويكون الحكم إذ قضى بصحة هذه الإجراءات قد أقام قضاءه على أساس يكفى لحمله ولايعيبه ما استطرد إليه تزيدا من أنه ليس ما يمنع قانونا انفراد بعض ورثة البائع وفائيا باسترداد كامل العين المبيعة " .

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٢)

(ج) دائنو البائع :

لدائنى البائع ، أن يباشروا طلب الاسترداد نيابة عن البائع (مدينهم) عن طريق الدعوى غير المباشرة .

وإذا أراد دائنو البائع استعمال حقهم فى الاسترداد، وجب عليهم أن يثبتوا أن أموال البائع الأخرى لا تفى بدينه . ويجوز للمشترى أن يدفع دعوى الدائنين بطلب تجريد البائع من الأموال الأخرى أولا حتى يثبت أن مصلحتهم لاتتحق بغير استعمال حق مدينهم فى الاسترداد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان حق استرداد العين المبيعة وفائيا مخولا أصلا للبائع ولورثته ، فإنه يجوز استعماله لمن يقوم مقام الورثة وهو الدائن لهم والملتزمون قبله بنقل ملكية العين محل الاسترداد إليه . وإذن فمتى كان ورثة البائع وفائيا قد باعوا العين إلى شخص ورفعوا الدعوى

بطلب استرداد هذه العين من المشترى وفائيا ثم تنازل بعض الورثة عن طلب الاسترداد محتفظين بحقهم فى الثمن المودع، فإن الحكم إذ قبل تدخل المشترى من الورثة منضما إلى باقى المدعين فى طلب الاسترداد لايكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٢)

(د) **المتنازل له** : ذلك أنه يجوز للبائع أن يبيع حقه فى الاسترداد، أى أن يتنازل عنه لآخر بمقابل ، لأن حق الاسترداد حق مالى لايرتبط بشخص البائع . ومصلحة البائع فى ذلك تظهر فى حالتين: **الأولى** إذا كانت قيمة المبيع أكبر من الثمن الذى دفعه المشترى وليس للبائع أموال يمكنه من استرداده . **والثانية** إذا كان الثمن مناسبا ولكن المبيع زادت قيمته فى مدة الاسترداد . ففى هاتين الحالتين ينتفع البائع ببيع حقه فى الاسترداد .

والبائع لو باع العين نفسها فى فترة الاسترداد فإنه يجب تأويل بيعه للعين بأنه إنما أراد التنازل لمشتريها عن حق استردادها[١] .

٣٠٤ـ ممن يطلب الاسترداد ؟

يطلب حق استرداد المبيع من المشترى شخصيا أو من ورثته وممن تلقوا الملك عن المشترى ولو لم يشترط هذا الشرط فى عقودهم ، وذلك لأن حقوقهم مستمدة من المشترى وهى قابلة للفسخ

---

(١) أحمد نجيب الهلالى ص ٤٩٠- السنهورى ص ٤٩٣ .

كحق المشترى الذى ملكهم تماما فحق الاسترداد حق عينى . وقـد نص على ذلك فى المادة ١٦٦٤/٤٢٩/٣٤٣ والتى جاء فيها أنـه : "يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد ممن انتقل إليـه المبيـع ولو لم يشترط الاسترداد فى عقد الإنتقال" . ويؤخذ من هذا النص أن البائع وفاء يجوز له أن يتعقب المبيع فى أية يد كـان ، فلـه أن يتبعه ويسترده من المشترى الثانى أو المشترى الثالث ولو لم يذكر ذلك فى عقده ، لأن الشرط موجود فى عقد المشترى الأول وكـان على المشترين اللاحقين أن يطلعوا عليه ويقفوا على ما فيه . وهذا لاينفى أن المشترى الثانى يصح له أن يرجع إلى المشـترى الأول بدعوى الضمان والتعويض إذا كان لها وجه ، ولكنه لايسـتطيع أن يحول بين البائع الأول وبين حقه فى استرداد المبيع .

ولايلزم البائع المسترد فى حالة استرداه للمبيع من تحـت يـد المشترى الثانى ، بأن يدفع إلا الثمن المتفـق عليـه بينـه وبـين المشترى الأول حتى لو كان هذا الثمن أقل مما اشترى به المشترى الثانى ، ويرجع هذا على البائع له – أى على المشترى– بالفرق.

أما إذا كان الثمن الذى اشترى به المشترى الثانى أقل ، فإنـه يسترد من البائع الثمن الأكثر ، ولا يرد الفرق إلى المشترى لأنـه تلقى عنه حقوقه بالثمن الذى دفعه له [1].

---

(١) السنهورى ص ١٥٥ .

هذا إذا كان المبيع عقارا ، أما إذا كان منقولا ، وكان المشترى الثانى حسن النية فإنه يملك المبيع ملكا تاما إذا كان لايعلم بشروط الاسترداد ، عملا بقاعدة الحيازة سند الملك . ولا يكون للبائع إلا أن يرجع بالتعويض على المشترى .

٣٠٥ـ مدة الاسترداد :

نصت المادة ٣٤١ أهلى على أنه : " لايجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع ميعادا يزيد على خمس سنوات من تاريخ البيع، وكل ميعاد أزيد من ذلك يصير تنزيله إلى خمس سنين ".

أما القانون المختلط فقد جعل المدة سنتين لاخمس سنين (مادة ٤٢٦) .

وتبدأ المدة من وقت البيع . ولايحسب يوم البيع ، ويحسب يوم الاسترداد، وتحسب أيام الأعياد ولو انتهى بها الميعاد ، لأن المدة مدة سقوط لا مدة تقادم ، ومن ثم تسرى على القاصر ولو لم يكن له نائب (١).

والسبب فى تحديد هذه المدة رغبة الشارع فى استقرار الملكية وعدم بقائها معلقة زمنا طويلا . ومن ثم يعتبر تحديد المدة متعلقا بالنظام العام .

---

(٢) السنهورى ص ١٥٨ .

ويؤيد ذلك ما نصت عليه المادة ٤٢٧/٣٤٢ من أن : " الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ، ولايجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق المذكور فى أى حال من الأحوال ، ولو حتى حالة القوة القاهرة "(١).

وإذا اتفق المتعاقدان على مدة أكثر من خمس سنوات فى التقنين الأهلى وسنتين فى التقنين المختلط وجب تنزيلها إلى خمس أو اثنتين على حسب الأحوال والمدة تحسب بالتقويم الهجرى حسب المتبع فى عهد التقنين المدنى السابق .

وفى حالة عدم الاتفاق على مدة تعتبر المدة خمس سنوات فى التقنين الأهلى وسنتان فى التقنين المختلط ، ولكن يجوز للمتعاقدين إطالة المدة ، بشرط ألا تزيد المدتان على المدة القانونية . ويعتبر شرط الإطالة وعدا من المشترى بإعادة بيع المبيع للبائع ، فلا يكون له أثر رجعى ولايضر بحقوق الغير فى الفترة ما بين العقد والإطالة(٢) .

وإذا كان الاتفاق لمدة خمس سنوات جاز الاتفاق بعد انتهائها على أن يكون للبائع حق الاسترداد خمس سنوات أخرى – ويكون هذا الاتفاق جاء بعد أن أصبح بيع الوفاء باتا بانتهاء المدة الأولى .

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٤٨٧ .

(٢) محمد كامل مرسى ص.٤٢١ .

ولكن مثل هذا الاتفاق الجديد لايعتبر مدا للأجل الأول ، بل يعتبر عقدا جديدا .

وقد اختلف الفقهاء فى ماهية هذا العقد فقال بعضهم إنه يعتبر وعدا بالبيع من جانب المشترى . وعلى هذا الرأى جمهور الشراح فى فرنسا[١]. وقال أخرون إنه يعتبر بيعا من جانبه معلقا على شرط واقف [٢]. وقد أخذ بهذا الرأى التقنين المختلط فى المادة ٤٢٨ منه التى جاء فيها " تطويل الميعاد المتفق عليه يقوم مقام بيع من المشترى للبائع الأصلى معلق على شرط ، إذ يعتبر المشترى المذكور مالكا ملكا تاما من يوم البيع الأول إلى يوم تطويل الميعاد".

وسواء جدد المتعاقدان الأجل قبل انتهائه أو تعاقدا على أجل جديد بعد انتهاء الأول ، فلا يجوز أن يضر اتفاقهما بحقوق الغير الذى اكتسب حقا على المبيع كالدائنين المرتهنين ومن اشتروا المبيع من المشترى ، فإن الدائن الذى ارتهن المبيع من المشترى قبل انتهاء الأجل الأول تضر به إطالة الأجل ، لأن رهنه يصبح بالمدة مهددا زمنا أطول مما اتفق عليه ، وكذلك تضر الإطالة بالمشترى الثانى لأن له أملا فى صيرورته مالكا ملكا نهائيا بعد المدة الأولى.

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص٤٨٨ .

(٢) السنهورى ص ١٥٩ .

ويجب تسجيل الاتفاق على إطالة المدة حتى يحتج به في مواجهة الغير [١].

٣٠٦- كيف يستعمل حق الاسترداد ؟

لايلزم لاستعمال البائع حقه في الاسترداد أن يعرض الثمن والمصروفات على المشترى عرضا حقيقيا . وإنما يكفي إظهار البائع للمشترى استعداده أن يدفع له فورا الثمن والمصروفات فيتم الاسترداد بإرادة منفردة من جانب البائع أى لايجب على البائع رد الثمن والمصاريف إلا في الوقت الذى يعاد فيه المبيع إلى يده . وليس في الميعاد المتفق عليه .

ويؤيد هذا الرأى أن المادة ٣٤٤/٤٣٠ لم توجب على البائع الذى يطلب الاسترداد دفع الثمن والمصاريف للمشترى كما يؤخذ من المادة ١٦٧٣ فرنسى بل اقتصرت على إلزامه بأن يعرض عليه أداءهما في الميعاد المعين . وليس ثمة ما يدل على أن المقصود من استعمال لفظة العرض هو العرض الحقيقى بل يغلب أن يكون المقصود منها مجرد إظهار الاستعداد للدفع [٢].

ويرى البعض بحق – أنه يحسن التمشى مع القضاء الفرنسى في أن الاسترداد على هذا النحو يكون معلقا على شرط واقف هو

---

(١) السنهورى ص ١٥٩ هامش (٢) – أنور سلطان ص ٣٦٩ .

(٢) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٥٠٢– السنهورى ص ١٦٠– سليمان مرقس ص ٤٩٥ .

الدفع الفعلى ، فإذا لم يتحقق هذا الشرط لم يعتبر البائع قد استرد وأصبح البيع باتا لعدم الاسترداد ، وبذلك يخلص للمشترى ملك المبيع فلا يزاحمه فيه دائنو البائع [١].

ولايلزم إبداء الرغبة فى شكل مخصوص ، فقد يحصل بإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل أو بخطاب عادى أو شفاهة ، ولكن إثبات حصول الإعلان واجب على البائع نفسه ويرجع فى الإثبات إلى القواعد العامة [٢].

٣٠٧ـ أثر استعمال حق الاسترداد :

(انفساخ عقد البيع) .

يترتب على استعمال البائع لحق الاسترداد انفساخ عقد البيع الوفائى ، واعتباره كأن لم يكن ، أى كما لو كان العقد لم يحصل أصلا . وقد طبق المشرع هذا المبدأ بالنسبة للبائع فى المادة ٣٤٤/٤٣٠/١١٦٧٣ التى تنص على أنه : " لايجوز للبائع بيع وفاء أن يفسخ المبيع إلا إذا عرض على المشترى فى الميعاد المعين أن يؤدى له على الفور الأشياء الآتى بيانها .... الخ ".

ولما كانت تصرفات المشترى وفاء فى المبيع قبل الانفساخ معلقة على شرط فاسخ ، وقد تحقق هذا الشرط ، فإنه يترتب على

---

(١) السنهورى ص ١٦٠ ومابعدها .

(٢) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٥٠٢ ومابعدها .

ذلك فسخ كافة تصرفاته. فجميع الحقوق العينيةالتى قررها المشترى عليه كالرهن وحق الانتفاع وحق الارتفاق ، تسقط بالتالى .

وهذا ما نصت عليه المادة ٤٣١/٣٤٥ فى صدرها من أن : "عند رجوع المبيع بيع وفاء إلى البائع يأخذه خاليا عن كل حق ورهن وضعه عليه المشترى ... الخ " (١).

أما تصرفات البائع فى المبيع ، فقد كانت معلقة على شرط واقف ، وقد تحقق الشرط ، ومن ثم تنفذ كل هذه التصرفات .

إلا أن المشرع رأى رعاية للحاجات العملية أن يقيد من الأثر الرجعى للفسخ بالنسبة للإيجارات التى يعقدها المشترى ، لأن الإجارة من أعمال الإدارة ، وهذه الأعمال يملكها المشترى لأنها لازمة للانتفاع بالمبيع واستغلاله ، ولذا نص فى الشطر الثانى من المادة ٤٣١/٣٤٥ سالفة الذكر على أن : " إنما يلتزم البائع بتنفيذ الإيجارات التى أجراها ذلك المشترى بدون غش بشرط أن تكون مدتها لاتتجاوز ثلاث سنين " .

ويشترط لسريان الإجارة التى يعقدها المشترى فى مواجهة البائع شرطان : **الأول** ألا يصاحبها سوء النية كما لو تمت بأجر بخس ، **الثانى** ألا تزيد مدتها على ثلاث سنوات . فإذا داخلها الغش فلا تسرى فى مواجهة البائع ولو كانت مدتها أقل من ثلاث سنوات،

---

(١) أنور سلطان ص ٣٨٢.

وإذا تمت بحسن نية لمدة تزيد على ثلاث سنوات وجب إنقاصها إلى المدة القانونية .

فإذ أجر المشترى المبيع بمجرد استلامه لمدة ست سنوات بحسن نية واسترده البائع فى نهاية السنة الخامسة تسرى إجارة السنة السادسة على البائع ، لأن عقد الإجارة فى هذه الحالة وطبقا للرأى الراجح يعتبر عقدين كل منهما بثلاث سنوات ، لأن العرف جرى بأن تكون إجارة العقارات لهذه المدة ، وعلى هذا الأساس يتعين على البائع احترام العقد الأخير[١] .

أما إذا لم يكن المشترى حسن النية فى التأجير ، كما لو أجر بالبخس أو أجر إجارة جديدة قبل انتهاء الإجارة الأولى بزمن طويل جاز للبائع إبطال إجارته . ولو كانت مدتها أقل من ثلاث سنين وذلك لأن الغش يبطل سائر التصرفات ولأن المشترى لايجوز له أن يقلل عمدا من قيمة حق البائع فى الاسترداد .

وكذلك الحال فى الإيجارات الزائدة على ثلاث سنين ولو عقدها المشترى بحسن نية لأنها تضر بالبائع وتقلل انتفاعه بالمبيع بعد استرداده ، بلا ضرورة ولا مصلحة ظاهرة للمشترى [٢].

---

(١) أنور سلطان ص ٣٨٢ وهامش (٢) ومابعدها – أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٥١٩ ومابعدها .

(٢) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٥١٤ .

٣٠٨- عدم قابلية دعوى الاسترداد للانقسام :

تنص المادة ٤٣٢/٣٤٦ على أن : " الاسترداد لايقع إلا على نفس المبيع ، سواء كان السبيع ملكا كاملا أو مشاعا أو مقسوما إلى حصص ، إلا إذا كانت دعوى الاسترداد مقامة على ورثة المشترى بالنسبة للحصص المشاعة بينهم أو المفروزة التى يملكها كل منهم".

كما نصت المادة ٤٣٣/٣٤٧ على أن : " إذا كان المبيع وفاء حصة شائعة فى عقار واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكها بعد طلب هذا المالك مقاسمته فللمشترى المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها" .

فالأصل أنه ليس للبائع تجزئة الصفقة على المشترى . فإذا أراد البائع استعمال حقه فى الاسترداد وجب عليه أن يسترد المبيع كله، سواء كان المبيع ملكا كاملا أو مشاعا أو مقسوما إلى حصص ، وليس له أن يسترد جزءا من المبيع وأن يترك للمشترى الجزء الآخر ما لم يقبل المشترى ذلك لأن عدم التجزئة مقرر لمصلحته إذ المفروض أن تجزئة الصفقة عليه تضر به . ويعتبر عدم اعتراض المشترى على طلب البائع استرداد جزء من المبيع قبولا منه للتجزئة [١].

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٩٤ ومابعدها – أنور سلطان ص ٣٧٦ .

وينطبق ذلك فى حالة تعدد البائعين بعقد واحد بثمن واحد أو تعدد ورثة البائع الوحد . فإذا طلب أحد البائعين المتعاقدين أو أحد ورثة البائع أن يسترد من المبيع بقدر نصيبه ، جاز للمشترى مطالبة المسترد بإدخال البائعين أو الورثة الآخرين فى الدعوى ليتفقوا فيما بينهم على استرداد المبيع كله ، فإن اتفقوا جاز لهم أو لأيهم استرداد الكل، وإلا رفض طلب الاسترداد الوارد على بعض المبيع. وإذا لم يستعمل المشترى حقه فى طلب اتفاق البائعين جميعا على استرداد المبيع كله ، اعتبر موافقا على تجزئة الصفقة (١).

وإنما استثناء أجاز المشرع الخروج على هذا الأصل فى حالتين :

(**الحالة الأولى)** إذا توفى المشترى وترك عدة ورثة ، فيكون البائع بالخيار بين استرداد كل المبيع وبين استرداد حصص بعض الورثة فقط ، سواء استمر الورثة على حالة الشيوع أم اقتسموا المبيع .

وإذا أراد البائع استرداد كل المبيع فعليه أن يوجه إجراءات الدعوى ضد جميع الورثة ، لأن توجيه الإجراءات ضد البعض لايعتبر توجيها لها ضد الباقين . ولكن إذا كان المبيع قد وقع بأكمله

---

(٢) سليمان مرقس ص ٤٩٥ .

فى نصيب أحد الورثة عند اقتسام التركة فله استرداده منه وحـــده ، دون أن يكون لهذا الوارث أن يدفع فى مواجهته بأنه غير ملزم إلا برد ما يعادل حصته فى التركة .

والأحكام السابقة يؤخذ بها بطريق القياس إذا تعدد المشـــترون وفاء وأراد البائع استرداد المبيع منهم [١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" إنه وإن كان الاسترداد لايقع ، بحســب الأصــل ، إلا علــى المبيع كما هو فإن الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدنى قد استثنت الحالة التى تكون فيها دعوى الاسترداد " مقامــة علــى ورثة المشترى بالنسبة للحصص المشاعة بينهم أو المفروزة التــى يملكها كل منهم " . وهذا لايصح معه القول بأن توجيه العــرض أو الدعوى إلى بعض الورثة يعتبر توجيها إلى الباقين . وإذ كان للبائع ، عند وفاة المشترى ، أن يجزئ دعوى الاسترداد بمطالبــة بعــض الورثة دون الآخرين فإن القول بأنه عند تجزئــة الــدعوى تعتبــر الإجراءات موجهة إلى جميع الورثة يكون قولا غير سديد ".

(طعن رقم ٥٣ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٢/٨)

---

(١) أنور سلطان ص ٣٧٦ ومابعدها .

(الحالة الثانية) إذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة فى عقار واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكها بعد طلب هـذا المالـك مقاسمته، فللمشترى المذكور عند مطالبـة بائعـه الأول باسـترداد الحصة المبيعـة بيـع وفـاء أن يلزمـه بأخـذ العـين بتمامهـا (م٣٤٧/٤٣٣) . والحكمة من ذلك أن المشترى مضـطرا لشـراء حصة الشريك الآخر حتى لايخرج المبيع من يده ، فـالثمن الـذى دفعه يعتبر بمثابة مصاريف ضرورية صـرفت للمحافظـة علـى المبيع ، فيكون له مطالبة البائع بها .

أما إذا انتفت هذه الحكمة ، كما لو كان المشترى هو الذى طلب القسمة ، فيمتنع عليه إلزام البائع بأخذ العين بتمامها .

٣٠٩ـ ما يلتزم البائع برده إلى المشترى :

تنص المادة (٣٤٤/٤٣٠) على أنه : " لايجوز للبائع بيع وفـاء أن يفسخ البيع إلا إذا عرض على المشترى فى الميعاد المعـين أن يؤدى له على الفور الأشياء الآتى بيانها : أولا- أصـل الـثمن- ثانيا- المصاريف المترتبة على البيع والتى تترتب علـى اسـترداد المبيع .

ثالثا- المصاريف اللازمة التى صرفها المشـترى غيـر مـا صرفه لصيانة المبيع ثم يؤدى أيضا مازاد فى قيمة المبيع بسـبب المصاريف الأخرى التى صرفها المشترى بشرط ألا تكون فاحشة".

وبناء على هذا النص يلتزم البائع أن يرد إلى المشترى ما يأتى:

(أ) أصل الثمن :

والمقصود به الثمن الذى دفعه المشترى ، وإذا كان المبيع تحت يد الغير كالمشترى الثانى ، فقد سبق ان ذكرنا أن البائع لايلزم برد أكثر من الثمن الذى دفعه المشترى الأول .

ويجور أن يشترط المتعاقدان رد مبلغ أقل أو أكبر من الثمن المدفوع . فإذا كان انمتفق عليه أقل من الثمن رد هذا المتفق عليه ، أما إذا كان أكبر ، فإن ذلك يكون موجبا للشك فى أن العقد رهن بربا فاحش .

وليس على البائع رد فوائد الثمن ، لأن المشترى قد استغل المبيع مدة البيع الوفائى ويقوم ذلك مقام الفوائد حتى لايجمع بين الفوائد والريع . بل إن اشتراط رد انفوائد يعتبر من القرائن على أن بيع الوفاء إنما هو رهن [١].

(ب) المصروفات المترتبة على البيع والتى تترتب على استرداد المبيع :

والسبب فى إلزام البائع بهذه المصروفات ، أن المبيع يخرج من يد المشترى ، وبما أنه يحرم منه فمن العدل ألا يتحمل مصاريف شرائه .

---

(١) السنهورى ص ١٦١ وما بعدها - أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٥٠٨

ومثال ذلك مصاريف العقد كمصاريف تحريره ورسوم التسجيل وسمسرة الوسطاء ومصاريف نقل المبيع .

وتشمل مصاريف استرداد المبيع مصاريف الإعلان المنبئ بالرغبة فى استرداد المبيع ومصاريف عرض الثمن والمبيع عرضا حقيقا .

غير أن البعض يرى – بحق- أن هذه المصاريف لاتلتزم البائع فى جميع الأحوال ، فإذا ثبت أن سبب صرفها راجع إلى سوء نية المشترى وجب أن يلزم بها هذا المشترى . ومثال ذلك أن يعرض البائع الثمن والمصاريف على المشترى فيرفض قبولهما منه ويضطره بذلك إلى عرضهما عرضا حقيقيا . ففى هذه الحالة يلزم المشترى بمصاريف العرض [1].

(ج) المصروفات التى أنفقها المشترى على المبيع أثناء وضع يده عليه :

المصاريف التى قد ينفقها المشترى أربعة أنواع : فهى إما ضرورية وإما نافعة وإما كمالية وإما مصاريف صيانة ولكل منها حكم خاص .

أما المصاريف الضرورية : فهى التى يصرفها المشترى لحفظ

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٥٠٩ هامش (٦) ومابعدها- أنور سلطان ص ٣٨١ هامش (١) .

المبيع من الهلاك أو التلف ، مثال ذلك تـرميم سـقف أوشـك أن ينقض أو حائط أساسى على وشك التداعى .

وحكم هذه المصاريف أنها تلزم البائع بتمامها ، لأنه لـو بقـى المبيع فى يده وتداعت جدرانه أو أسقفه لاضـطر إلـى ترميمـه والصرف عليه .

وقد قضت محكمـة النقض بـأن :

" البائع وفائيا لايلزم وفقا لنص المادة ٣٤٤ من القانون المدنى القديم إلا بالمصروفات الضرورية التى صرفها المشـترى لحفـظ المبيع من التلف أو الهلاك وكذلك بالمصروفات التى تزيد فى قيمة المبيع بقدر مازاد من قيمته بشرط أن لا تكـون فاحشـة ، وأمـا المصروفات التى ينفقها المشترى لاستغلال المبيع وفائيا فلا يلـزم بها البائع ، متى كان إنفاقها فى مقابل استغلاله لهذا المبيع وقـبض ثمراته " .

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٢)

أما المصاريف النافعة فهى المصاريف غير اللازمة التى تزيد فى قيمة المبيع بمعنى أن المشترى لاينفقها اضطرارا ليتفادى هلاك المبيع أو تلفه ، ومثالها إقامة مبان جديدة أو غرس الأشـجار فـى المبيع .

وفى هذه الحالة لايلتزم البائع رد هذه المصاريف بتمامها بل يردمنها بقدر ما زاد فى قيمة المبيع بسببها بشرط ألا تكون فاحشة ، لأنها لو كانت فاحشة لدلت على سوء قصد المشترى رغبته فى تعجيز البائع عن الاسترداد [1].

أما المصاريف الكمالية ، أى مصاريف الزينة والزخرف فلا يجب على البائع شئ منها لأنها لاتفيده شيئا .

وأما **مصاريف الصيانة** فلا يلزم بها البائع ، لأنها من التكاليف الواجبة على المشترى نفسه فى مقابل استغلاله للمبيع وقبضه ثمراته ، وهذه المصاريف هى المصاريف التى ينفقها عادة كل من يحاول استثمار المبيع كمصاريف الزراعة والحرث وأثمان السباخ وغيره .

٣١٠ـ حق المشترى فى حبس المبيع :

يجمع الشراح على أن للمشترى الحق فى حبس المبيع وملحقاته حتى يرد إليه البائع ما يجب عليه رده بالتفصيل السابق .

وهذا الحق وإن لم يرد به نص فى التقنين الملغى ، إلا أنه ثابت بنص صريح بالنسبة للمصاريف الضرورية والنافعة (مادة ٦٠٥/٧٣١) . ومع ذلك فالشراح يعطون المشترى حق الحبس

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٥١٠ وما بعدها – أنور سلطان ص ٣٨١ .

بالنسبة للثمن كذلك وهو رأى عادل . وحكمة تقريره ظاهرة وهى الرغبة فى إكراه البائع على الإسراع فى رد هذه المبالغ . وعلى أية حال فليس فى مكنة البائع إكراه المشترى على تسليمه المبيع قبل وفائه بهذه المبالغ (١).

٣١١- ما يجب على المشترى رده :

يجب على المشترى رد المبيع بالحالة التى كان عليها وقت استلامه . فإذا تلف المبيع التزم بتعويض البائع عن هذا التلف . وإذا زاد المبيع بدون فعله كالالتصاق الطبيعى مثلا ، وجب عليه رد هذه ا لزيادة دون مقابل (٢).

ولايرد المشترى الثمرات لأنها فى مقابل الفوائد ، ويستحق منها بنسبته المدة التى بقى فيها بيع الوفاء دون فسخ ، سواء كانت الثمرات محصول الأرض (ولايشترط جنيه بالفعل) أو مدنية كأجرة المنزل . وإذا نقص المبيع ، فإن كان بغير فعل المشترى لم يلزم بشئ ولكن للبائع بداهة ألا يسترد وإن كان بفعل المشترى فهو مسئول عنه (٣).

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٥١١- الأستاذ أحمد فتحى زغلول شرح القانون المدنى سنة ١٩١٣ ص ٢٥٧ .

(٢) أحمد فتحى زغلول ص ٢٥٧ .

(٣) السنهورى ص ١٦٢ ومابعدها

بيع الوفاء فى ظل التقنين المدنى الجديد

٣١٢- بطلان بيع الوفاء فى التقنين المدنى الجديد :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يقر بيع الوفاء ويتضمن نصا برقم (٦١٧) يقضى بأنه : " إذا احتفظ البائع فى عقد البيع بحق استرداد المبيع ، وجب على المشترى أن يرد ما اشتراه ، إذا ما استعمل البائع حقه فى الاسترداد وفقا للأحكام الآتية : وأورد الأحكام المشار إليها فى المواد (٦١٨- ٦٣١) وقد دارت مناقشات كثيرة حول هذا النص انتهت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ التى قررت حذف هذه المادة والمواد الأخرى سالفة الذكر التى كانت تفصل أحكام بيع الوفاء ، واستعاضت عنها بالنص الحالى . وقد جاء بتقريرها : " تناولت اللجنة بيع الوفاء وقد رأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية فى التعامل إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستارا لرهن وينتهى الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس . والواقع أن من يعمد إلى بيع الوفاء لايحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة . ويعتمد غالبا على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء

أجل الاسترداد . ولكنه قل أن يحسن التقدير . فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل غبنا ينبغى أن يدرأه القانون عنه .

ولذلك رئى أن تخذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء ، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع فى أية صورة من الصور. وبهذا لايكون أمام الدائن والمدين إلا الالتجاء إلى الرهن الحيازى وغيره من وسائل الضمان التى نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما دون أن يتسع المجال لغبن قلما يؤمن جانبه " وقد وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة [1].

وبذلك أصبح بيع الوفاء باطلا فى التقنين المدنى الجديد .

٣١٣ـ أثر بطلان عقد البيع الوفائى :

ذكرنا سلفا أن المادة (٤٦٥) تنص على أنه :" إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا ".

فعقد بيع الوفاء باطل بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام ويستطيع كل ذى مصلحة أن يتمسك به ، كما تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، ولايترتب عليه ثمة أثر بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص١٧٨ وما بعدها

ويبطل عقد البيع الوفائى ، سواء كان محل العقد عقارا أو منقولا، وسواء قصد به إخفاء رهن أو قصد به البيع حقيقة دون تحايل .

فلا يمكن حمل بيع الوفاء على أنه يستر فى الحقيقة رهنا فتجرى أحكام الرهن ، لأنه من المسلم لكى يستتر عقد تحت ستار عقد آخر يجب أن يكون العقد الساتر صحيحا ، فإذا كان باطلا لم يكن صالحا لستر غيره [(١)].

ولو ترك بيع الوفاء للقواعد العامة لكان صحيحا إذ يعتبر بيعا معلقا على شرط فاسخ هو استعمال البائع حقه فى العدول فى المدة المتفق عليها فإن تخلف الشرط استقر وجود البيع نهائيا [(٢)].

وهذا البطلان المطلق لاتلحقه الإجازة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " أساس بطلان البيع الوفائى الذى يستر رهنا هو أنه غير مشروع ومن ثم فلا تلحقه الإجازة " .

(طعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٣)

٢- " النص فى عقد الصلح على اعتبار بيع الوفاء نهائيا لارجوع فيه ، لايعدو أن يكون مجرد نزول من جانب البائع عن

(١) السنهورى ص ١٦٦ هامش (١)- عبد المنعم البدراوى ص ٨٢ ومابعدها

(٢) حميس خضر ص ٢٩٤ منصور مصطفى منصور ص ٢٣٩ ومابعدها

شرط الاسترداد المتفق عليه عند التعاقد فلا يصحح البيع الذى وقع باطلا طبقا للمادة ٤٦٥ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ١٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٨)

والمقرر أنه فى حالة بطلان العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل (مادة ١/١٤٢ مدنى) .

ويترتب على ذلك ما يأتى :

١- يجب على المشترى رد المبيع وثمراته إلى البائع ، وله أن يسترد المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة .

٢- يجب على البائع أن يرد للمشترى فورا ما قبضه من ثمن، ولايعتد بالأجل .

ويكون الرد بموجب قاعدة استرداد غير المستحق وفقا للمادة ١٨٥ مدنى .

ولايختلف البيع وفاء والبيع المعلق فسخه على شرط إلا فى كون تحقق الشرط وعدمه محدودا لأجل أى يجب فيه تعيين زمن لرد الثمن وأخذ المبيع [١].

---

(١) الأستاذ أحمد فتحى زغلول شرح القانون المدنى طبعة ١٩١٣ ص ٢٥٣.

٣١٤- تصرف المشترى والبائع فى المبيع قبل تقرير البطلان :

إذا تصرف المشترى فى المبيع قبل تقرير بطلان عقد البيع الوفائى اعتبر التصرف صادرا من غير مالك وجرى عليه حكم بيع ملك الغير المنصوص عليه المواد (٤٦٦- ٤٦٨ مدنى) .

أما إذا كان الذى تصرف فى المبيع هو البائع فتصرفه صحيح لأنه هو المالك ، ولايمنع البائع من التمسك ببطلان هذا البيع انقضاء المهلة المحددة للاسترداد من غير أن يسترد المبيع فيها . وإذا استرده فيها فلا عبرة بهذا الاسترداد ، إنما يكون أساس رجوع المبيع إليه هو بطلان بيعه أصلا [1].

٣١٥- وضع يد المشترى وفاء لايؤدى إلى اكتساب ملكية المبيع بالتقادم :

لايصلح بيع الوفاء ، أن يكون سببا صحيحا للتقادم القصير ، لأنه بيع باطل ، ويكون سبب وضع يد المشترى وفاء هو بسبب الرهن ، فتنتفى نية التملك منذ البداية .

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٤٠٩ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" متى كانت محكمة الموضوع قد قضت ببطلان عقد البيع لما ثبت لديها إنه كان مقصودا به إخفاء رهن فإن نية المتعاقدين تكون قد انصرفت وقت التعاقد إلى الرهن لا إلى البيع كما يكون وضع يد المشترى وفاء هو بسبب الرهن دون أى سبب آخر فتنتفى نية التملك منذ البداية ويصبح وضع اليد قائما على سبب وقتى ومعلوم لايؤدى إلى اكتساب الملكية مهما طال أمده إلا إذا حصل على تغيير فى سببه ".

(طعن رقم ٥٧٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٥/٦)

غير أن المشرع وفاء إذا باع العين لمشتر حسن النية ، تملكها المشترى الثانى فى المنقول بالحيازة ، وأمكن أن يتملكها فى العقار بالتقادم القصير ، لأن البيع الصادر من المشترى وفاء بيع صادر من غير مالك فيجرى عليه حكمه [١].

٣١٦ـ تقادم دعوى البطلان بالتقادم الطويل :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤١ مدنى على أن تسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد – وهذا الحكم مستحدث فى التقنين الجديد . وذلك احتراما للأوضاع التى استقرت بمضى هذه المدة بعد صدور العقد الباطل .

---

(١) السنهورى ص ١٦٦ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كانت الطاعنة قد أقامت دعواها بالبطلان تأسيسا على أن عقد البيع الصادر من مورثها إلى المطعون عليه هو فـــى حقيقتـــه عقد بيع وفاء وأنه باطل بطلانا مطلقا عملا بنص المادة ٤٦٥ مـــن القانون المدنى ، وتمسك المطعون عليه أمام محكمـــة الاســـتئناف بتقادم هذه الدعوى بمضى أكثر من خمس عشرة سنة مـــن تـــاريخ العقد ، وإذ كان القانون المدنى القائم قد استحدث فى الفقرة الثانيـــة من المادة ١٤١ منه النص على سقوط دعـــوى الـــبطلان المطلـــق بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد احتراما للأوضـــاع التـــى استقرت بمضى هذه المدة بعد صدور العقد الباطل ، لما كان لك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه فى الـــدعوى علـــى هـــذا الأساس فإن النعى عليه – بأن البطلان المطلق لا يرد عليه التقادم يكون فى غير محله ".

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١١/٢٥)

٣١٧- استمرار العمل بأحكام التقنين الملغى على عقود بيع الوفاء المعقودة قبل العمل بالتقنين الجديد :

نص المادة ٤٦٥ من التقنين الجديد القاضى ببطلان بيع الوفـــاء لايسرى إلا على العقود التى تبرم من وقت العمل بالتقنين الجديـــد، أى من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ . أما العقود التى أبرمت قبل هذا التاريخ

فيستمر بالنسبة لها العمل بأحكام التقنين الملغى ، أى أن هذه العقود تظل صحيحة ويجوز للبائعين بموجبها أن يستعملوا حقهم فى استرداد المبيع وفاء حتى بعد صدور التقنين الجديد على أن يكون ذلك فى المواعيد المتفق عليها فى عقودهم وفى حدود المدة التى كان يسمح بها التقنين الملغى بالاتفاق على حق الاسترداد خلالها ، وهى خمس سنوات وفقا للتقنين الأهلى . ويترتب على استعمالهم هذا الحق أو على عدم استعمالهم إياه فى الميعاد المحدد لذلك الآثار التى نص عليها التقنين الملغى .

أما بيوع الوفاء التى تبرم ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فهذه تخضع لأحكام التقنين المدنى الجديد ، ومن ثم تكون باطلة حتى لو لم يثبت أن بيع الوفاء يستر رهنا .

ونص المادة ٤٦٥ مدنى وإن كان نصا آمرا إلا أنه لايجب أن ينصرف إلى بيوع الوفاء التى تمت صحيحة وفقا لأحكام التقنين القديم ، والتى لم ينقض بعد أجل الاسترداد المشروط فيها . لأن القاعدة أنه لايجوز للمشرع بقانون جديد أن يمس المراكز القانونية للأشخاص ، إذا كانت هذه المراكز قد تحددت بعقود صحيحة تمت وفقا لأحكام التشريع المعمول به وقت انعقادها ، وإلا أدى هذا إلى الإخلال بالأمن المدنى وبالاستقرار الواجب أن يسود المعاملات القانونية بين الأفراد [١].

---

(١) أنور سلطان ص ٣٨٤ – محمد كمال عبد العزيز ص ٣٦٨ .

بيع ملك الغير :

مادة (٤٦٦)

١- إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لايملكه ، جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

٢- وفى كل حال لايسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد .

الشرح

٣١٨- المقصود ببيع ملك الغير :

يقصد ببيع ملك الغير البيع الذى يكون المبيع فيه معينا بالذات لايملكه البائع ، وبعبارة أدق لايملكه البائع ولا المشترى ، ولم يمنحه القانون أو الاتفاق سلطة التصرف فيه نيابة عن مالكه، إذا قصد بالبيع نقل ملكيته فى الحال [1].

---

(١) وقد قضت محكمة النقض :

" إذا كانت الواقعة التى لا نزاع فيها بين طرفى الخصوم هى أن المدعى عليه تبادل فى أطيان مع المدعية (مصلحة الأملاك) فأعطاها فيما أعطى أرضا تبين لها وقت التسليم أنه كان قد تصرف فيها بالبيع منذ ثلاث سنوات سابقة على البدل ، فهذه الواقعة هى بيع من غير مالك . وإذن فدعوى المطالبة بقيمة الأطيان الناقصة يجب أن يكون أساسها التضمين عن بيع ملك الغير . ولكن إذا كان المفهوم من الحكم أنه قد

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" إذ تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ من القانون المدنى، على أنه إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لايملكه ، جاز لمن قام بشراء هذا الشئ أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل . وكانت فقرتها الثانية تقضى بأن هذا البيع لا يكون سارياً – فى كل حال– فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز مشتريها العقد ، وكانت الفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ من هذا القانون ، تقضى بأنه إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشترى ، كما تقضى فقرتها الثانية بأن البيع ينقلب كذلك صحيحا فى حق المشترى ، إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ، وكانت الأحكام السابق بيانها ، التى نظم بها القانون المدنى بيع ملك الغير، تدل فى

اعتبر الدعوى من أحوال الاستحقاق فطبق فيها المادة ٣١٢ مدنى وقضى بإلزام المدعى عليه بقيمة ما نقص من مقابل البدل فإن هذا الحكم يكون خاطئا فى السبب القانونى الذى بنى عليه إلا أن هذا الخطأ لا يقبل الطعن به مادامت النتيجة التى انتهى إليها الحكم صحيحة ، إذ أن المادة الواجبة التطبيق (وهى المادة ٢٦٥) تنص على إلزام البائع بالتضمينات ، وهذه لايمكن أن تكون أقل من الثمن المدفوع وقت التعاقد " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٣/١٤)

مجموعها على أن البيع يكون كذلك ، كلما باع شخص عينا معينة بذاتها لايملكها حين العقد ، إذا قصد بالبيع نقل ملكيتها فى الحال، وإذ كان من المقرر أن بيع العين على هذا النحو ، لايعتبر موقوفاً على إجازة مالكها أو إقراره ، وإلا كانت آثاره جميعها متوقفا سريانها على هذه الإجازة ، ومتراخية – حتى فيما بين المتعاقدين– إلى حين تمامها، حال أن بيع ملك الغير وفقا لقواعد القانون المدنى ، لايعتبر كذلك ، إذ ينتج هذا العقد أثره فى الحال ، كالشأن فى كل عقد قابل للابطال " .

(القضية رقم ٤ لسنة ١٥ ق قضائية " تنازع" جلسة ١٩٩٤/١٢/٣)

ومن ثم يشترط لتوافر بيع ملك الغير تحقق ثلاثة شروط هى :

١- أن يكون العقد مقصودا به نقل الملكية إلى المشترى مقابل ثمن نقدى ، وذلك سواء كان البيع اختياريا أم جبريا تم بطريق المزاد العلنى ، ذلك أن البيع الجبرى لايمكن أن ينقل إلى الراسى عليه المزاد من الحقوق أكثر مما كان للمدين أن ينقله باختياره والمدين إذا لم يكن مالكا للمبيع ، يقع بيعه الاختيارى قابلا للابطال[1].

---

(١) السنهورى ص ٢٧٥– محمد لبيب شنب ص ٦٥ .

ولو أنه بالنسبة للبيع التجارى قلما تتحقق شروط دعوى البطلان لأن المبيع يكون عادة من الأشياء المعينة بالنوع ، على حين أنه يشترط لرفع هذه الدعوى أن يكون المبيع من الأشياء المعينة بالذات . وحتى إذا تحقق هذا الشرط فقد لايلجأ المشترى إلى طلب البطلان اعتمادا على ما فى قاعدة الحيازة فى المنقول بحسن نية سند الملكية حماية كافية ، أما إذا سقطت هذه الحماية كما لو كان المبيع شيئا مسروقا أو ضائعا تعين عليه طلب البطلان (م٩٧٧) [١].

ولكن تسرى أحكام بيع ملك الغير إذا كان العقد مجرد وعد بالبيع ، أو مجرد تعهد من شخص بالحصول على موافقة المالك الحقيقى لشئ على بيعه للمتعاقد معه ، إذ أن محل التزام المتعهد ليس نقل الملكية بل القيام بعمل هو الحصول على رضاء المالك بأن يبيع الشئ [٢].

٢- أن يكون المبيع غير مملوك للبائع ولا للمشترى :

يجب لتحقق بيع ملك الغير ، أن يكون المبيع غير مملوك لا للبائع ولا للمشترى . لأن المبيع إذا كان مملوكا للبائع كان البيع صحيحا ، وإذا كان مملوكا للمشترى وأقدم على الشراء جاهلا

---

(١) أنور سلطان ص ٣٨٩ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٦٣ – خميس خضر ص ٢٩٣.

ملكيته له ، فإن البيع يكون باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة [١]، إذ يستحيل على الكافة نقل ملكية شئ إلى من هو مالك له فعلا .

وبيع ملك الغير أمر نادر ، ومثال ذلك أن يبيع الزوج أحد أموال زوجته دون أن يكون موكلا منها في ذلك ، أو أن يبيع الوصى مالا مملوكا للقاصر على أنه ملكه . أو يبيع الغاصب ما اغتصب .

٣- أن يكون المبيع قيميا أى معينا بذاته :

أما إذا كان البيع واردا على مثليات ، فإن البيع لايعتبر ورادا على ملك الغير .

وهذا الشرط متفرع عن الشرط السابق ، لأن المثليات وهى معينة بنوعها فقط لايمكن وصفها بأنها مملوكة لغير البائع إذ لايوجد مال معين يوصف بأنه مملوك أو غير مملوك فالمبيع منها لايتعين بذاته إلا إذا أفرز أو سلم على حسب الأحوال .

وحتى لو كان البائع لايملك أية كمية من المبيع المتعاقد عليه، فإن هذا البيع لا يعتبر مملوكا للغير .

كذلك لايعتبر بيع الأشياء المستقبلة بيعا لملك الغير ، ذلك أن هذه الأشياء ، وإن لم تكن مملوكة للبائع وقت العقد بسبب أنها لم

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ١٥٣ .

توجد بعد ، إلا أنها أيضا لم تكن مملوكة لغير البائع ، فــلا يعتبــر بيعها بيعا لملك الغير [١].

غير أنه يستوى أن يكون المبيع من المنقولات أم من العقارات.

وإذا كان المبيع من العقارات فيستوى أن يكون البيع سجل أم لم يسجل[٢] ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة صراحة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"حسم المشروع خلافا فيما يتعلق بحكم بيع ملك الغير إذا كــان العقد لم يسجل ، فذكر أن البيع باطل قبل التسجيل وبعــده (م٦٣٢ فقرة أولى) . ولايجوز القول بغير ذلك ، فإن التسجيل لا يبطل عقدا صحيحا ولايصحح عقدا باطلا "[٣].

٣١٩- ما يخرج عن دائرة بيع مـلك الغير :

(أ) بيع الشئ المملوك للبائع تحت شرط:

إذا كانت ملكية البائع معلقة على شرط ، سواء كــان الشــرط واقفا أم فاسخا ، انتقلت الملكية إلى المشترى معلقــة علــى نفــس الشرط ، ولذا لا يعتبر البيع الصادر منه بيعا لملك الغير . ولكن إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ وزالت الملكية عن

---

(١) السنهورى ص ٢٧٢ - محمد لبيب شنب ص ٦٣ ومابعدها .

(٢) المستشار أنور العمروسى البيوع الباطلة فى القانون المــدنى ٢٠٠٣-٢٠٠٤ ص ١٧٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٩٣ .

البائع بأثر رجعى ، كان للمشترى أن يطلب إبطال البيع باعتبار أن البائع قد تصرف فيما لايملك . كل هذا ما لم يتضح من العقد أن المشترى قد اشترى مجرد الأمل فى الملكية بأن يتحقق الشرط الواقف أو يتخلف الشرط الفاسخ [١].

(ب) بيع المال الشائع :

إذا باع شريك فى المال الشائع جزءا مفرزا من المالك الشائع ، فهنا يبيع الشريك شيئا يملكه على الشيوع مع شركاء آخرين ، فلا يظهر فى البداية أنه يبيع ملك الغير . ومن ثم يتوقف مصير هذا البيع على نتيجة القسمة ، فإذا لم يقع الجزء المبيع عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى على أنه : " وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف "[٢].

---

(١) أنور سلطان ص ٣٨٢ .

(٢) راجع فى التفصيل المجلد الخامس عشر شرح المادة (٨٢٦) .

(ج) بيع المالك الظاهر :

المالك الظاهر ، هو شخص لايملك المبيع ولم يمنحه القانون أو الاتفاق سلطة التصرف فيه ، ولكنه يظهر عليه بمظهر المالك. فهو إذن عندما يبيع هذا الملك فإنه يكون قد باع ملك الغير ، وكان الأصل أن يسرى على هذا البيع أحكام بيع ملك الغير .

إلا أن الهيئة العامة للمواد المدنية التجارية والأحوال الشخصية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٢/١٦ فى الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ ق" هيئة عامة " قد وضعت نظرية عامة للوضع الظاهر- وهى تسرى بالطبع على المالك الظاهر- من مقتضاها - إذا توافرت شروطها- فإن البيع الصادر من المالك الظاهر لملك غيره يقع صحيحا نافذا فى حق المالك الحقيقى .

وتخلص هذه الشروط فيما يختص بالمسألة محل البحث فيما يأتى :

١- أن يظهر البائع على الشئ المبيع بمظهر صاحبه أى بمظهر المالك الحقيقى .

٢- أن يكون هذا المظهر من شأنه أن يولد الاعتقاد العام بأنه المالك الحقيقى .

٣- أن يكون المشترى حسن النية . بمعنى أن يعتقد أن البائع هو مالك الشئ المبيع ، فإذا كان سئ النية بمعنى أنه كان يعلم بعدم

ملكية البائع ، فإنه لا يكون جديرا بالحماية التى تكفلها لـــه نظريـــة الوضع الظاهر ، وعليه تحمل تبعة التصرف الذى أبرمه .

٤- أن يكون المالك الحقيقى قد أسهم بخطئه فى ظهور البائع بمظهر المالك الحقيقى :

يشترط أن يكون المالك الحقيقى قد أســـهم بخطئـــه – ســـلبا أو إيجابا- فى ظهور البائع بمظهر المالك الحقيقى ، مما يدفع الغيـــر حسن النية إلى التعاقد معه ، للشواهد المحيطة بهذا المركز ، والتى من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة .

وقد جاء بحكم الهيئة العامة سالف الذكر ما يأتى :

"وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر فى قضاء هـــذه المحكمة على النحو السالف بيانه – نفاذ التصرف المبرم بعـــوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النيـــة ، فـــى مواجهـــة صاحب الحق ، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئـــه – ســـلبا أو إيجابا – فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركـــز . والتى من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقـــة هـــذا المظهـــر للحقيقة ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قـــد خـــالف هـــذا النظر، وحجب نفسه عن تمحيص دفاع الطاعنين آنفة الذكر للتحقق

من مدى توافر شروط الوضع الظاهر ، وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه لهذا السبب، دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن "[١].

٣٢٠ـ حكم بيع ملك الغير بين المتعاقدين :

بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشترى[٢] ، والبطلان هنا خاص أنشأه نص المادة (٤٦٦) .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" نص المشروع صراحة (م٦٣٢ فقرة أولى) على أن بطلان بيع ملك الغير بطلان تقرر لمصلحة المشترى دون غيره . والبطلان هنا خاص أنشأه النص ... إلخ. "[٣].

وبالبناء على ذلك فإن المبيع ينعقد وينتج جميع آثاره فيما عدا نقل الملكية ، ويظل هكذا إلى أن يقضى بإبطاله .

وعلى ذلك يلتزم البائع بمقتضى هذا العقد بتسليم المبيع إلى المشترى ، وبضمان الانتفاع به انتفاعا هادئا كاملا . ويلتزم

---

(١) راجع تفصيلات أخرى وقضاء محكمة النقض السابق واللاحق لحكم الهيئة العامة المجلد السابع (عقد الهبة - عقد الصلح - عقد الوكالة ص ٨٦٨ ومابعدها) .

(٢) المستشار أنور العمروسى ص ١٦٧ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٩٣ .

المشترى بدفع الثمن ونفقات العقد وبتسلم المبيع . وإذا طالب المشترى البائع بتسلم المبيع كان ذلك منه إجازة للعقد [١].

ويترتب على التزام بائع ملك الغير بالضمان أنه لايجوز له أن يتعرض للمشترى فى انتفاعه بالعين المبيعة ، ولا أن يستردها منه بحجة التزامه بردها إلى مالكها ، أو بحجة استحقاقه إياها بعد البيع من طريق الإرث أو الوصية أو غيرهما لأن من التزم بالضمان لايجوز منه التعرض [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا دفع بأن الشفيع لايملك العين التى يشفع بها لأن العقد الذى يستند إليه فى تملكها لم يصدر من مالكها بل من وكيل عنه كان قد عزله بكتاب مسجل سابق على تاريخ البيع المدعى ، وقضت المحكمة للشفيع بالشفعة بناء على أنه مالك فلا تثريب عليها فى ذلك . إذ حتى لو صح أن العقد كان صادرا من وكيل معزول فإن بطلانه لا يكون إلا نسبيا ، ولهذا فالعيب الذى يشوبه لايمنع انتقال الملك حتى يتقدم من شرع البطلان لمصلحته ويطلب إبطاله، والمشفوع منه لا شأن له بهذا البطلان ".

(طعن رقم ١١٩ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٦/٨)

---

(١) سليمان مرقس ص٥٠٤- أنور سلطان ص ٣٨٩ - محمد لبيب شنب ص ٦٤.

(٢) سليمان مرقس ص ٥٠٤ .

٢- " بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد . وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فإن عقد البيع يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه إجازة للعقد ".

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/١٤)

٣- " عقد بيع ملك الغير - إلى أن يتقرر بطلانه بناء على طلب المشترى ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ ما يترتب على العقد بمجرد انعقاده وقبل تسجيله من حقوق والتزامات شخصية، وتنتقل هذه الحقوق وتلك الالتزامات من كل من الطرفين إلى وارثه ، فيلتزم وارث البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى أو إلى وارثه ، كما يلتزم بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه ... وهذا البيع ينقلب صحيحا فى حق- المشترى- بأيلولة ملكية المبيع إلى -البائع أو ورثته - بعد صدور العقد عملا بنص الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ من القانون المدنى".

(طعن رقم ١٦١٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٥)

٤- " من المقرر تطبيقا لنص المادتين ٤٦٦، ٤٦٧ من القانون المدنى أن بيع ملك الغير غير نافذ فى حق المالك الحقيقى الذى لم يجزه وأن بطلانه مقرر لمصلحة المشترى وحده فلا يكون لغيره أن

يطلب إبطاله وطالما لم يطلب البطلان صاحب الحق فيه فإن عقد البيع يبقى قائما منتجا لآثاره بين طرفيه بل ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ومن ثم فإن من مقتضى تمسك المشترين بقيام العقد فى بيع ملك الغير يظل العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية بين المتعاقدين ومن بينها التزام البائع بضمان عدم التعرض وهو التزام أبدى لا يسقط عنه فلا يقبل من هذا البائع إذا ما تملك البيع بطريق الارث بعد إبرام العقد أن يطلب فى مواجهة المشترى ثبوت هذه الملكية وتسليمه المبيع لما فى ذلك من مناقضة وإخلال بالتزامه بالضمان " .

(طعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٦) [(١)]

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لايستطيع شخص أن ينقل إلى غيره حقا لم يؤل إليه . وإذن فمتى قضى نهائيا برفض دعوى صحة ونفاذ عقد بيع أطيان لبطلانه ، وكان المشترى بالعقد المذكور قد تصرف بالبيع إلى مشتر ثان فإن الحكم إذ قضى برفض دعوى صحة ونفاذ العقد الثانى لا يكون قد خالف القانون.

(طعن رقم ٩٦ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١١/١١)

٢- " البائع لايمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع . ومن ثم فلا يمكن أن يحاج المشترى بحكم صادر ضد البائع بأنه غير مالك للعين المبيعة فى دعوى لم يختصم فيها هذا المشترى متى كان قد سجل عقد شرائه قبل صدور ذلك الحكم" .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٣)

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- " وعلى خلاف ذلك بيع ملك الغير ، إذ يعتبر هـذا العقـد قابلا للإبطال لمصلحة متعاقد بذاته، هو من ابتاع العين من غيـر مالكها ، ولعلة بذاتها مرجعها منافاة هذا البيع للأصل فيه ، باعتباره عقداً ناقلا للملكية . بما مؤداه أن بطلان بيع ملك الغير لايقع بقـوة القانون ، بل يعتبر هذا البيع- وإلى أن يحكـم ببطلانـه- مكـتملا وجوداً من الناحية القانونية ، شأن بيع ملك الغير فى ذلك شأن كـل عقد تكاملت أركانه مستوفية لشروطها – ولو حمل سبباً لبطلانـه- ليكون بيع ملك الغير بذلك – وإلى أن يبطل- منتجا لكل آثار البيع، عدا تلك التى يحول دون قيامها عدم ملكية البائع للمبيع " .

(القضيةرقم ٤ لسنة ١٥ قضائية "تنازع" جلسة ١٩٩٤/١٢/٣)

٢- " جاوز المشرع فى بيع ملك الغير جانبا من القواعد العامة التى اختص بها العقد القابل للإبطال ، وذلك مـن جهتـين علـى الأخص: أولاهما أن القانون المدنى وإن خول من ابتاع العين مـن غير مالكها ، الحق فى إجازة عقد بيعها ، باعتبار أن البطلان تقرر أصلا مصلحته ، إلا أن هذا القانون أجاز كذلك أن تصدر الإجـازة من مالكها الحقيقى ، مع أنه لا يملك التمسك بالبطلان . كما يـزول هذا البطلان ، وينقلب العقد صحيحا فى حق من قام بشراء العـين، إذا آل المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ، إذ لم يعد للبطلان فـى

هاتين الصورتين من محل ، بعد أن زال العائق الذى كان يحـــول دون انتقال الملكية . ثانيتهما : **أن العقد القابل للإبطال لايفتـــرض انعدام الإرادة أو فقدان التمييز، بل يجوز وفقـــا للقواعـــد العامـــة بإبطال العقد لنقص فى أهلية المتعاقد ، أو لأن عيباً داخل رضاءه كغلط أو إكراه أو تدليس أو استغلال. بيد أن هذين العارضـــين لا شأن لهما بإبطال بيع ملك الغير ، بل يقوم الحق فى هذا الإبطال- ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أم لم يســـجل – مســـتقلا تماماً عنهما** . ذلك أن ما يتغياه المشرع بتقرير هذا الحق ، هو أن يمكن من قام بشراء العين من اتقاء دعوى الاستحقاق التى قد يقيمها عليه مالكها الحقيقى ومن التخلص من الالتزامات التى يرتبها عقـــد البيع القائم فى ذمته ، وأن يرد عنه أيضا غير ذلك من "أضـــرار، كالرجوع على البائع بما يكون قد أداه من الثمن مع التعويض ، ولو كان البائع حسن النية " .

(القضيةرقم ٤ لسنة ١٥ قضائية "تنازع" جلسة ١٩٩٤/١٢/٣)

٣٢١ـ جواز الأخذ بالشفعة فى بيع ملك الغير :

نظرا لأن بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشترى – كمـــا ذكرنا سلفا – فإذا لم يقض ببطلان هذا البيع فإنه يظل قائما وتثبـــت فيه الشفعة ثبوتها فى كل بيع تم مستوفيا لأركانه ولو حمـــل ســـببا لبطلانه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشترى فيما لم يستعمله بالفعل بقى عقد البيع قائما منتجا لآثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها فـــى كل بيع تم مستوفيا لأركانه ولو حمل سببا لبطلانه ويحل فيه الشفيع محل المشفوع منه فى جميع حقوقه والتزاماته لايملـــك تعديلـــه أو تبعيض محله ، ولو تبين أن المبيع كله أو بعضه مملوك للغير مما محله الرجوع على البائع لاتفريق الصفقة . لما كان ذلك ، وكـــان الحكم المطعون فيه قد قضى بالأحقية فى الشفعة مقصـــورة علـــى بعض المبيع ، وحمل قضاءه على ما أنبأ به من أن البائعة لاتملـــك مما بيع غير مساحة ... وأن البيع فيما خلا ذلك قد وقع علـــى مـــا يملكه الغير مما هو غير جائز إلا بإجازته ، ولم يجزه . فلا تجوز الشفعة فيه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٩٦١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠)

٣٢٢- هل يجوز للمشترى طلب الإبطال إذا كان سئ النية ؟

يذهب جمهور الشراح إلى أنه يجوز للمشترى طلب إبطال عقد بيع ملك الغير، سواء كان حسن النية يجهل أن المبيع مملوك للغير ، أم سئ النية يعلم أن البائع يتصرف فيما لايملك ، وأن هذا الحكـــم مستفاد من المادة ٤٦٨ مدنى التى تحرم المشترى سئ النية الحـــق

فِي طلب التعويض فقط وتفترض أن العقد قد أبطل رغم أن البائع حسن النية وتخول للمشترى الحق فى التعويض حتى فى هذه الحالة[١].

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى ، إذ قضت بأن :

" إذا كان المشترى على علم وقت البيع بأن البائع لايملك المبيع كان له أن يطالب بإبطال البيع ويسترد الثمن تبعا لذلك ولكن لايكون له الحق فى أى تعويض " .

(طعن رقم ١٩٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٨/١٥)

٣٢٣ـ تملك المشترى المبيع بالحيازة :

يذهب فريق من الشراح إلى أنه ليس للمشترى طلب إبطال البيع إذا تملك المبيع بوضع اليد ، سواء كان ذلك بمضى خمس عشرة سنة إذا كان سئ النية ، أو بمضى خمس سنين إذا كان حسن النية ، أو بمجرد الحيازة إذا كان المبيع من المنقولات ، لأنه تمتع بجميع مزايا الملكية من وقت الشراء ، فضلا عن أنه فى بعض الحالات استند على العقد فى التملك بوضع اليد [٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٤٣- اسماعيل غانم ص ٢٤ ومابعدها – أنور سلطان ص ٣٨٩- منصور مصطفى منصور ص ٢٤٧- محمد شكرى سرور ص ٤١٤ ومابعدها .

(٢) عبد الودود يحيى ص ١٨٠ .

بينما يذهب الرأى الراجح إلى أن تملك المشترى المبيع بوضع اليد لايحرمه من طلب إبطال البيع ، لأن التقادم لاينتج أثــره إلا إذا تمسك المشترى به ولا شئ يجبره على ذلك[١] ويعتبر طلب الإبطال تنازلا ضمنا عن الحق المكتسب بالحيازة لأن الحكم بإبطال العقــد يترتب عيه زوال السبب الصحيح وبالتالى تخلف شرط من شروط التملك بالحيازة فإقدام المشترى على طلب الإبطال يعنى أنه يرغب فى النزول عن حقه الذى كسبه بالحيازة [٢].

٣٢٤ـ انتفاء مصلحة المشـترى فـى إبطـال العقـد إذا حكـم للبائع ضد البائع له بصحة ونفاذ العقد الصـادر له :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض ، إذ ذهبت إلى أن :

" إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن البائع وإن كانت ملكية المبيع لم تنتقل إليه إلا أنه كان قد أقام ضد البائع له الدعوى رقم .. بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه وقضى فيها بإلحاق عقد الصلح المبرم بين الطاعن والبائع له بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيــه وجعله فى قوة السند التنفيذى فإن انتقال الملكية إليه قد بات ممكنــا وذلك حسبه فى إثبات زوال المانع من تنفيذ التزامه بنقــل ملكيـــة

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٦٨ – منصور مصـــطفى منصــور ص ٢٥١- أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ١٧٣ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٢٥١-المستشار أنور العمروسى ص١٦٨ .

المبيع إلى المطعون ضدها وبالتالى لم تعد لهما مصلحة فى التمسك بإبطال عقد البيع الصادر إليهما من الطاعن لمنافاة ذلك لما يوجبه حسن النية فى المعاملات ولتعارضه مع مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق " .

(طعن رقم ٣٥٥٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٦/٤/١٨)

٣٢٥ـ هل يجوز للبائع طلب إبطال العقد ؟

لم يعط المشرع البائع حق طلب إبطال العقد .

ولما كانت المادة ١٣٨ مدنى تنص على أنه : " إذا جُعل القانون لأحد المتعاقدين حقا فى إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق " ، ومن ثم لايكون للبائع أن يطالب بالإبطال لمجرد أن المبيع غير مملوك له . وعلى هذا إذا كان البائع يعلم وقت العقد أنه يبيع ملك غيره . فلا شك أنه لايستطيع أن يطلب الإبطال .

ولكن إذا كان البائع يعتقد أنه يبيع ملكه فيذهب البعض إلى أن البائع لايجوز له فى أية حالة أن يطلب الإبطال [1].

بينما يذهب البعض الآخر – بحق– إلى أن مقتضى القواعد العامة فى الغلط ، أن يكون للبائع حق طلب الإبطال إذا كان حسن النية يعتقد أنه يبيع ما يملك وتوافرت شروط المادة ١٢٠ مدنى ،

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٨٣ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٥٠٨ .

بأن كان هذا الغلط جوهريا أي كان هو الدافع إلى التعاقد بحيث لولاه لما أقدم البائع على إبرام العقد ، وكان المشترى واقعا في نفس الغلط بأن كان يعتقد أن المبيع مملوك للبائع أو كان عالما بأن البائع قد وقع في الغلط أو كان في استطاعته أن يعلم بذلك (١).

٣٢٦ـ طلب الإبطال :

للمشترى التمسك بإبطال عقد البيع إما عن طريق الدعوى ، وإما عن طريق الدفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه بالثمن .

وللمشترى أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي وإذا رفع المشترى دعوى الإبطال فقد ثبت حقه في إبطال البيع . ويتحتم على القاضي أن يحكم له بذلك ، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم ، مادام المشترى قد رفع دعوى الإبطال قبل إقرار المالك الحقيقي أو قبل صيرورة البائع مالكا . ذلك أن القاضي إنما يرجع في حكمه إلى وقت رفع الدعوى ، وفي هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال ولم يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح البائع مالكا للمبيع (٢).

---

(١) السنهوري ص ٢٩٠ - إسماعيل غانم ص٢٥- منصور مصطفى منصور ص ٢٤٨- محمد لبيب شنب ص ٦٥- محمد شكري سرور ص ٤٥١ ومابعدها .

(٢) السنهوري ص ٢٨٨ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن شراء ملك الغير لايعد بمجرده خطأ يستوجب التعويض عنه .

إذ ذهبت إلى أن :

" لما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى خطأ الطاعنين الأول والثانى بما أورده بمدوناته (فإذا كان ما تقدم وقام المستأنف عليه الأول- الطاعن الأول- بمخالفة شروط ترخيص بناء هذه الأرض حال كون المستأنفة - المطعون ضدها - آنذاك تعمل بالخارج بالمملكة السعودية مما دعا قلم التنظيم بحى أول طنطا إلى تحرير محضر بتلك المخالفة برقم ... قضى فيها بحبس كل منهما ثلاثة أشهر مع الشغل ، وحين استأنفت هذه القضاء قضى ببراءتها مما أسند إليها ، ثم قام بعد ذلك باغتصاب كامل العقار وتصرف فيه بالبيع لشقيقه المستأنف عليه الثانى - الطاعن الثانى- فحرر له عقدا بذلك مؤرخا ١٩٩٥/٤/١ فاستحصل الأخير بشأنه على حكم بصحة توقيع المستأنف عليه الأول- الطاعن الأول- كبائع بالدعوى رقم .... لسنة ..... كلى مدنى طنطا حيث مثل بجلسة ١٩٩٥/٤/٣٠ وأقر قضائيا بصحة توقيعه على عقد بيعه لكامل العقار لشقيقه المستأنف عليه الثانى - الطاعن الثانى- فباع بذلك ملك غيره على خلاف الواقع ، ثم تمادى فى مسلسل اغتصابه لحق المستأنفة - المطعون ضدها - ومنعها من الانتفاع بملكها مما

دعاها إلى تحرير محضر بتلك الواقعة تحت رقم ... لسنة ... إدارى قسم أول طنطا وقد صدر قرار النيابة بتمكينها من الانتفاع وحيازة العقار فكان ذلك مجتمعا من المستأنف عليه الأول والثانى- الطاعنين – خطأ يوجب مسئوليتهما عما ينشأ عنه من أضرار أصابت المستأنفة ...) وإذ كانت هذه الأفعال التى ساقها الحكم المطعون فيه بمدوناته على النحو سالف البيان تمثل بحق خطأ فى جانب الطاعن الأول إلا إنها لاتعد كذلك بالنسبة للطاعن الثانى ، ولاينال من ذلك قيام الأخير بشراء نصيب المطعون ضدها فى عقار النزاع من شقيقه الطاعن الأول ، ذلك أن شراء ملك الغير لايعد بمجردة خطأ يستوجب التعويض عنه ".

(طعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠٤/١/٢٧)

٣٢٧- إجازة المشترى للعقد :

لما كان حق الإبطال مقرر لمصلحة المشترى فإنه يكون له من ثم أن يتنازل عنه ، أى أن يجيز العقد .

وهذه الإجازة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية . إلا أنه يشترط أن يكون المشترى عالما وقت إجازته للعقد بما يشوبه من عيب ، أى أن يكون عالما بأن المبيع مملوك للغير [١].

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٤١٧ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" لئن كان صحيحا أن تسجيل عقد البيع لاينقـل الملكيـة إلـى المشترى إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه إلا أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشترى وحده ولايسرى فى حق المالك الحقيقى ولهذا المالك أن يقر البيع فى أى وقت فيسرى عندئـذ فـى حقـه وينقلب صحيحا فى حق المشترى . كما ينقلب العقد صـحيحا فـى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صـدور العقـد . فإذا كان الطاعنون – ورثة المشترى فى عقد بيع ملك الغير – قـد طلبوا ثبوت ملكيتهم استنادا إلى هذا العقد المسجل فـإنهم يكونـون بذلك قد أجازوا العقد ولايكون بعد لغير المالك الحقيقى أن يعترض على هذا البيع ويطلب عدم سريانه فى حقه . ومن ثم فلا يكفى لعدم إجابة الطاعنين إلى طلبهم أن يثبت المدعى عليهم المنازعون لهـم أن البائع لمورث الطاعنين غير مالك لما باعه بل يجب أن يثبتـوا أيضا أنهم هم أو البائع لهم الملاك لهذا المبيع إذ لو كـان المالـك سواهم لما قبلت منهم هذه المنازعة " .

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٤/١٨)

ومن أمثلة الإجازة الضمنية قيام المشترى بتنفيذ العقد بمحض إرادته بعد علمه بسبب الإبطال ، كأن يقوم بدفع الـثمن واسـتلام المبيع بعد تثبته من أن المبيع مملوك للغير [١].

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ١٧٥ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" بطلان بيع ملك الغير - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- مقرر لمصلحة المشترى ، وله دون غيره أن يطلب إبطال العقـد . كما له أن يجيزه ، وإذا طالب البائع بتنفيذ التزاماته يعد هذا إجـازة منه للعقد ، ولما كان الطاعن رغم علمه بعدم ملكية المطعون عليهم مورثهم من قبلهم لقطعة الأرض الثانية طلب رفض دعـوى فسـخ العقد بالنسبة لهذه الأرض فيكون قد أجاز العقد ويحق مطالبته بتنفيذ التزاماته الناشئة عنه ".

(طعن رقم ١٩٧٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٠)

٣٢٨- أثر إجازة المشترى للعقد :

إجازة المشترى للعقد تزيل قابليته للإبطال ، وتقلبه صحيحا فيما بين المتعاقدين ، فيكون البائع ملزما بنقل ملكية المبيـع وتسـليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وبغير ذلـك مـن التزامـات البائع، ويكون المشترى ملتزما بدفع الثمن والمصـروفات وبتسـلم المبيع .

ولما كان البائع لايستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنـه لايملكه، فإنه المشترى يجوز له فى هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع، ويجوز له أيضا إذا تعرض له المالك الحقيقى أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ من القانون المدنى تنص على أن "إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لايملكه ، جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع .... " وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٠ من القانون ذاته على أن " يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات "، مما مؤداه أن للمشترى– وخلفه العام من بعده– طلب إبطال عقد البيع إذا تبين أن البائع له لا يملك المبيع وتسقط الدعوى بهذا الطلب بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشترى أو خلفه بأن البائع لا يمتلك المبيع " .

(طعن رقم ٢٣٨٣ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٩/٦/٨)

٣٢٩ـ سقوط دعوى الإبطال بالتقادم :

تسقط دعوى الإبطال بالتقادم تطبيقا للقواعد العامة . أما مدة التقادم ، فيمكن استخلاصها بطريق القياس على المادة ١٤٠ الخاصة بحالات البطلان النسبى بسبب نقص الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة ، فيسقط حق المشترى فى طلب الإبطال بإحدى مدتين أيهما أقصر، إما بخمس عشرة سنة من وقت التعاقد ، وإما بثلاث سنوات من الوقت الذى يعلم فيه المشترى أن المبيع غير مملوك للبائع [1].

---

(١) السنهورى ص ٢٨٩ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ٢٦– عبد المنعم البدراوى ص ٥٨١ – منصور مصطفى منصور ص ٢٤٩ ومابعدها– وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص ٤٤٤ ، سليمان مرقس ص ٥٠٧

٣٣٠- حق المشترى فى فسخ البيع :

إذا سقط حق المشترى فى البطلان ، أمكنه مع ذلك طلب الفسخ وفقا للقواعد العامة. وأساس الفسخ هنا هو عدم تنفيذ البائع التزامه ، وكان له أيضا الرجوع بالضمان إذا تحقق سببه .

وقد أشارت مذكرة المشروع التمهيدى إلى أن بطلان بيع ملـــك الغير لايستبعد الفسخ ولا الضمان .

فقد جاء بها :

" وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق، فإن الاستحقاق، إذا كان كليا ، كان هذا هو بيع ملـــك الغيـــر ، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئا مملوكا لأجنبى . ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير. ويترتب على

ومابعدها فيريان أن مدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقـــد فيقول الدكتور سليمان مرقس " ولأن المادة ٤٦٦ لم تتضمن حكما للتقادم خاصا بهذا الحق فتسرى عليه الأحكام العامة . غير أن المادة ١٤٠ التى حددت مدة تقادم دعوى الإبطال بثلاث سنوات قد عينت فى كل حالة من حالات الإبطال مبدأ هذه المدة وهو تاريخ كشف الغلـــط أو التـــدليس أو انقطاع الإكراه أو زوال نقص الأهلية ، ولم تحدد مبدأ لمدة تقادم دعوى إبطال ملك الغير ، فيتعين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد، وبأن الحق فى رفع هذه الدعوى لايتقادم بمضى ثـــلاث ســـنوات . لأن المشرع لم يأخذ بهذه المدة الأخيرة إلا فى الحالات التى حدد فيها مبـــدأ لهذه المدة تاليا لوقت إبرام العقد ، أما حيث تبدأ المدة من وقت العقـــد ، فإن التقادم لا يتم إلا بخمس عشرة سنة .

ذلك أن المشترى ، فى بيع ملك الغير ، يكون بالخيار ، إذا استحق المبيع فى يده ، بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق .

ويلاحظ أنه إذا اختار الفسخ فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالبه به لو اختار إبطال العقد "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لئن أجازت المادة ٤٤٦ من القانون المدنى للمشترى فى حالة بيع ملك الغير أن يطلب إبطال هذا البيع إلا أنها لم تمنعه من المطالبة بفسخ العقد على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه بنقل الملكية " .

(طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/١١)

٣٣١- حكم انتقال ملكية المبيع للكفيل المتضامن :

أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٥/١/٢٩ فى الطعن رقم ٥٠٨٣ لسنة ٦٣ ق إذ ذهبت فيه إلى أن :

١- " الكفيل المتضامن يعتبر فى حكم المدين المتضامن من حيث مطالبة الدائن له منفردا دون التزام بالرجوع أولا على المدين أو حتى مجرد اختصامه فى دعواه بمطالبة الكفيل " .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٩٤.

٢- " إذا ضمن الكفيل للمشترى نقل ملكية العين التى اشتراها ثم تملك الضامن هذه العين بعقد صادرا له من بائعها فإنه يكون للمشترى بمقتضى هذا الضمان أن يطالب الضامن بهذه العين بعد أن آلت إليه ملكيتها لأنه متى صحت الكفالة لاتبرأ ذمة الكفيل المتضامن من التزامه نحو الدائن إلا بانقضاء هذا الالتزام بإحدى وسائل الانقضاء التى حددها القانون ومن ثم لايقبل من الكفيل أن يواجه الدائن بما ينطوى على إنكار حقه فى اقتضاء الوفاء منه بحجة أنه أصبح شخصيا المالك للشئ محل الالتزام دون المدين الأصلى سواء كان هذا الإنكار صريحا فى صورة دفع لدعوى الدائن التى يطالبه فيها بالوفاء أو ضمنا فى صورة دعوى يرفعها هذا الكفيل ضد الدائن بثبوت ملكيته لهذا الشئ بما يعنى معارضة حق الدائن ، إذ أن من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض ومن يضمن نقل الملكية لغيره لايجوز له أن يدعيها لنفسه " .

٣٣٢- عدم سريان عقد بيع ملك الغير فى حق المالك ولو أجازه المشترى

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " وفى كل حال لايسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد " .

فالمالك الحقيقى يعتبر من الغير بالنسبة لبيع ملكه ، فهو أجنبى

عن هذا العقد ، ومن ثم لاينصرف إليه أثر ذلك العقـد ولايسـرى البيع فى حقه ، سواء أجاز المشترى العقد فزال ما كان يتعرض له من البطلان أو حكم بإبطال هذا البيع أو لم يحكم به ، وسواء أكـان حق المشترى فى إبطال العقد قد سقط، أو كان الحق لايزال قائما . فالبيع الصادر من غير مالك لايكفى لنقل الملكية لأن فاقـد الشـئ لايعطيه فيبقى حق المالك فى المبيع قائما .

ومن ثم يكون للمالك التصرف فى الشئ المبيـع بكـل أنـواع التصرفات القانونية والمادية التى يخولها له حق الملكية .

وإذا كان المشترى قد تسلم المبيع ، كان له أن يسترده بـدعوى الاستحقاق [(١)]. وله أيضا أن يطالبه بالتعويض إذا كان سئ النيـة ، أما إذا كان حسن النية ، فلا يرجع عليه بتعويض ، بـل لايرجـع عليه بالثمار لأن المشترى وهو حسن النية يملك الثمار بالحيـازة . ويرجع المشترى من جانبه على البائع بضمان الاستحقاق أو دعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال كما ذكرنا سلفا .

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" البين من الأوراق ، أن المدعية لم تعد على الإطـلاق إلـى إبطال عقد البيع الابتدائى الصادر لصالحها فى شأن فندق سيسـل-

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٧٠ ومابعدها - أنور سلطان ص ٣٩٣ ومابعدها.

رغم علمها بأن مالكها من الغير- وكان موقفها هذا حتـــى وإن دل علىاتجاه إرادتها إلى تنفيذه ، وانصرافها إلى إجازة أحكامه لضمان استقرار وجوده قانونا فيما بين المتعاقدين ، إلا أن قضاء المحكمـــة الاستئنافية عدم سريان هذا العقد ذاته فى حق مالكها ، لايعـــدو أن يكون إعمالاً من جانبها للفقرة الثانية من المادة ٤٦٦ من القـــانون المدنى، وتسليما من جهتها بأن هذا العقد- حتى ولو كان قد أجيـــز فى شأن عين النزاع ممن تقرر البطلان لمصـــلحته - إلا أن ذلـــك العقد يظل قاصراً عن أن ينقل ملكيتها إلى مشتريها بعد أن بذل من أجلها الثمن . ولايجوز بالتالى أن يضار مالكها بهذا العقد من خلال الاحتجاج بآثاره فى مواجهته ، إذ هو أجنبى عنـــه ، ولأن إجـــازة المشترى للعقد القابل للإبطال ، لا تعنى أكثر من استبقاء هذا العقد بالعناصر التى اشتمل عليها دون تعديل لمضمونها ، ومن بينهـــا - فى واقعة النزاع الموضوعى - أن محل البيع ليس مملوكاً للبـــائع، ولايتصور أن تنتقل ملكيته إلى من سعى إلى كســـبها ، إلا بـــإقرار صاحبها لهذا العقد . وتلك قاعدة لا استثناء منها ، ولاقيد عليها من أحكام القانون المدنى .ذلك أن هذا الإقرار لايعدو أن يكون تصرفا قانونيا متضمناً إسقاطاً لحق . وهو يصدر عن المقر ، باعتباره من الغير فى خصوص ذلك العقد ، ليزول بصدوره ما كان يحول دون انتقال الملكية برضاه . بما مؤداه أن الإقرار أبعد من الإجازة أثراً،

ذلك أن بيع ملك الغير ينقلب بذلك الإقرار- وعلى ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ من القانون المدنى – صحيحاً فى حق من قام بشراء العين ، ونافذاً كذلك فى حق مالكها ، على خلاف الإجازة التى يقتصر أثرها على مجرد تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين " .

(القضية رقم ٤ لسنة ١٥ قضائية " تنازع" جلسة ١٩٩٤/١٢/٣)

٣٣٣- الدعوى التى يرفعها المالك الحقيقى :

يجوز للمالك الحقيقى أن يرفع دعوى بعدم نفاذ بيع ملكه من الغير فى حقه إذا كان البيع قد سجل ، كما أنه يكفيه إذا كان البيع لم يسجل أن يطلب طرد المشترى من غيره لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ فى مواجهته .

وإذ أقام المالك الحقيقى دعواه بطلب بإبطال العقد ، فإنه يجب على المحكمة أن تسبغ عليها التكييف القانونى الصحيح ، فتكيفها على أنها دعوى عدم نفاذ البيع فى حقه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة ٤٦٦ من القانون المدنى فى فقرتها الأولى على أنه" إذا باع شخص شيئامعينا بالذات وهو لايملكه جاز للمشترى أن يطلب إبطال العقد " ، كما تقضى الفقرة الثانية بعدم سريان هذا

البيع فى حق المالك للعين المبيعة ، وإذ كان الطاعن قد أقام دعواه أمام محكمة أول درجة طالبا الحكم بإبطال عقد البيع الصادر من المطعون عليه الأول إلى المطعون عليهما الثانى والثالث استنادا إلى أن الأطيان المبيعة ملك الطاعن دون البائع وتمسك الطاعن فى صحيفة دعواه بنص المادة المذكورة بفقرتيها ، فإن التكييف القانونى السليم للدعوى هو أنها أقيمت بطلب الحكم بعدم سريان العقد محل النزاع فى حق الطاعن، وإذ كيف الحكم المطعون فيه الدعوى بأنها دعوى إبطال عقد البيع وذهب إلى أن طلب عدم سريان البيع بالنسبة للطاعن هو طلب جديد لا يقبل فى الاستئناف لعدم تقديمه إلى محكمة الدرجة الأولى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٧/١١/١٠)

٢- أنه وإن كان لايجوز طلب إبطال بيع ملك الغير إلا للمشترى دون البائع له إلا أن المالك الحقيقى يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه أصلا إذا كان العقد قد سجل أما إذا كانت الملكية مازالت باقية للمالك الحقيقى لعدم تسجيل عقد البيع فإنه يكفيه أن يطلب طرد المشترى من غيره لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ فى مواجهته وأن يطلب الريع عن المدة التى وضع المشترى فيها يده على ملك غير البائع له. إذ كان ذلك ، وكان هذا هو عين ما طلبه الطاعنون فى الدعوى فإن الحكم

المطعون فيه إذ رفض طلباتهم على أساس أنه كان يتعين عليهم أن يطلبوا الحكم باسترداد العقار أولا دون أن يتصدى لبحث عناصر دعواهم وما إذا كانت ملكيتهم للقدر المطالب بطرد المطعون ضده منه وبريعه ثابتة من عدمه فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٩٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٤)

٣- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للمالك الحقيقى أن يطلب طرد المشترى من ملكه ، لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ فى مواجهته كما أن له أن يطلب ريع ملكه من هذا المشترى عن المدة التى وضع يده فيها عليه " .

(طعن رقم ٢٠٣١ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٣١)

وإذا كسب المشترى الملكية على هذا الأساس ، كان للمالك الأصلى أن يرجع على البائع بدعوى المسئولية التقصيرية إذا كان البائع سئ النية ، أو بدعوى الإثراء بلا سبب إن كان البائع حسن النية ، فهو قد أثرى بمقدار الثمن الذى دفعه المشترى ، أما المالك فقد افتقر بقدر قيمة الشئ المبيع ، فيلزم البائع حسن النية بأقل القيمتين طبقا لقواعد الإثراء على حساب الغير .

٣٣٤ـ لا يحاج المشترى الذى سجل عقده بالحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك للعين :

البائع لايمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع ، وبالتالى فإن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ، طالما لم يكن خصما فى الدعوى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " البائع لايمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع . ومن ثم فلا يمكن أن يحاج المشترى بحكم صادر ضد البائع بأنه غير مالك للعين المبيعة فى دعوى لم يختصم فيها هذا المشترى متى كان قد سجل عقد شرائه قبل صدور ذلك الحكم ".

(طعن رقم ٢٥٠ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢٣)

٢- " لايمثل البائع المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع ومن ثم فالحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك للعين المبيعة لايعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى ".

(طعن رقم ٣٣٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٨)

٣٣٥- عدم نفاذ البيع فى حق المالك لايتعلق بالنظام العام :

إذا لم يقر المالك الحقيقى البيع الصادر من غيره ، فإن هذا البيع لايسرى فى حقه ، وعدم النفاذ هذا مقرر لمصلحة المالك ولايجوز لغيره التمسك به لأنه أمر غير متعلق بالنظام العام .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٣٦٦ والفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ من القانون المدنى يدل على أن بيع ملك الغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشترى ، وإجازة المشترى للعقد تزيل قابليته للإبطال وتجعله صحيحا فيما بين العاقدين ، أما بالنسبة للمالك الحقيقى فيجوز له إقرار هذا البيع صراحة أو ضمنا ، فإذا لم يقره كان التصرف غير نافذ فى حقه مما مفاده أن بطلان التصرف أو عدم نفاذه هو أمر غير متعلق بالنظام العام بل هو مقرر لمصلحة صاحب الشأن فيه ولايجوز لغيره التمسك به " .

(طعن رقم ٢٤٥ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/٧/٢٥)

٣٣٦- اعتبار بيع ملك الغير سببا صحيحا لكسب الملكية :

رغم أن بيع ملك الغير – كما قدمنا- لايسرى فى حق المالك الحقيقى . إلا أن هذا البيع يعتبر سببا صحيحا لكسب الملكية عن طريق الحيازة . فإذا كان المبيع منقولا وتسلمه المشترى بحسن نية

بناء على العقد الصادر من غير المالك ، جاز للمشترى أن يكسب ملكيته من طريق الحيازة ، وفقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سبب الملكية (م ٩٧٦ مدنى) .

وإذا كان المبيع عقارا وتسلمه المشترى بحسن نية ، جاز له أن يكسب ملكيته بمضى خمس سنوات ، أى من طريق التقادم قصير المدة (م٩٦٩ مدنى) [١].

(١) اسماعيل غانم ص ٢٨- سليمان مرقس ص ٥٠٩ .

مادة (٤٦٧)

١- إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشترى .

٢- وكذلك ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد .

الشرح

٣٣٧- إقرار المالك الحقيقى البيع :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه : " إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشترى " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تمسك المشترى من غير مالك بأن البائع له استرد ملكية المبيع الذى سبق أن تصرف فيه كما أن المتصرف إليه الأول أجازه يوجب على المحكمة تحقيق هذا الدفاع إذ البيع الصادر من غير مالك إن كان باطلا فإن بطلانه ليس بطلانا أصليا ، بل أن القانون نص على صحته إذا أجازه المالك. كما أن عدول المتعاقدين عما تعاقدا عليه جائز . فإذا تمسك المشترى بأن البائع له وإن كان قد سبق أن تصرف فى القدر المبيع له إلا أنه قد استرد ملكيته بعدوله عن العقد الذى كان قد تصرف به فيه وأن البيع الحاصل له

هو قد أجازه من كان قد حصل له التصرف أولا ، فيجب على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع وتفصل فيه بناء على أدلة منتجة لحكمها ، فإن هى قضت ببطلان عقده بمقولة إنه صدر من غير مالك دون أن تورد الأدلة على أن القدر المبيع فيه لم يكن بالذات وقت صدوره مملوكا للبائع وكان كل ما قالته لا يدحض ما تمسك به المدعى كان حكمها قاصرا فى بيان الأسباب متعينا نقضه " .

(طعن رقم ١١٢ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٦/٨)

٢- " إذ كان يبين من مدونات الحكم الابتدائى أن الطاعن تمسك فى دفاعه بإجازة المالك الأصلى للتصرف الصادر من المرحومة ... ببيع المنزل المملوك له إلى الطاعن وقدم الأوراق التى استند إليها فى حصول تلك الإجازة فى تاريخ لاحق للورقة المنسوبة لها والتي تقر فيها بصورية البيع الصادر لها من المالك الأصلى ، وكان مقتضى الأثر الناقل للاستئناف أنه يتعين على محكمة الاستئناف أن تفصل فى كافة الأوجه التى يكون المستأنف عليه قد تمسك بها أمام محكمة أول درجة متى كان الحكم المستأنف قد انتهى إلى القضاء له بطلباته كلها وكان لم يثبت تخليه عن هذه الأوجه ، فإن محكمة الاستئناف وقد رأت إلغاء الحكم الابتدائى الذى قضى لمصلحة الطاعن بصحة التعاقد موضوع النزاع ، كان لزاما عليها الفصل فى دفاعه المشار إليه والذى لم يتعرض الحكم

الابتدائى لبحثه مادام لم يقدم المطعون عليهم ما يفيد تنازل الطاعن عنه صراحة أو ضمنا ولا يبين ذلك من مدونات الحكم المطعون فيه ، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يشر إلى هذا الدفاع ولم يرد عليه ، وكان هذا الدفاع جوهريا قد يتغير بتحقيقه وجه الرأى فى الدعوى ، فإن الحكم يكون معيبا بالقصور فى التسبيب ".

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٤)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن النص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ مس القانون المدنى يدل على أن بيع ملك الغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشترى ، فإذا أقره المالك صراحة أو ضمنا انقلب صحيحا ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة الثانية المالكة للسيارة موضوع النزاع قد أفصحت فى صحيفة استئنافها بأنها تقر بصحة التصرف وأن المتصرفين مالكان للسيارة محل العقد وهو ما يعد إقرارا منها بالبيع الصادر منها إلى المطعون ضده الأخير فينقلب صحيحا فى حق الأخير وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن دلالة هذا الإقرار ، ولم يعمل أثره على العقد فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٥٢٥٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٨)

ويترتب على إقرار المالك المبيع ما يأتى :

١- أن يصبح العقد نافذا فى حقه من تاريخ صدور هذا الإقرار، لا من تاريخ العقد .

وتتبنى على ذلك نتيجتان هامتان :

(الأول) أن الملكية لا تنتقل إلى المشترى إلا من تاريخ هذا الإقرار أو من تاريخ تسجيله إذا كان المبيع عقارا .

(الثانية) أن انتقال الملكية إلى المشترى بعد الإقرار ، لايضر بالحقوق التى كسبها الغير من المالك قبل صدوره . فإذا كان المالك قد رهن العقار المبيع أو رتب عليه حق ارتفاق قبل أن يقر البيع الصادر من الغير ، وكان الدائن المرتهن أو مكتسب الارتفاق قد شهر حقه قبل تسجيل الإقرار ، انتقلت الملكية إلى المشترى محملة بالرهن أو الارتفاق .

٢- حلول المالك المقر محل البائع من وقت صدور الإقرار فى جميع حقوقه والتزاماته فى العقد ، فتقوم العلاقة بينه وبين المشترى مباشرة ، وتبرأ ذمة البائع من الالتزامات الناشئة من البيع . وتقترب هذه الحالة من حالة الفضالة عندما ما يقر رب العمل تصرف الفضولى.

ولهذا يجوز للمالك مطالبة المشترى بالثمن ، وإن كان البائع قد قبض منه شيئا كان عليه رده إليه . وللمشترى مطالبة المالك المقر بالتسليم ، وله الرجوع عليه بالضمان إذا وقع له تعرض أو استحق المبيع أو كشف به عيبا . .

٣- سقوط حق المشترى فى طلب إبطال البيـع ، وذلـك لأن الإقرار يزيل العقبة التى كانت تمنع من نقل الملكية إلى المشترى، ويلغى فى نفس الوقت كل خطر يهدد حقوق المشـترى بمقتضـى البيع ، فلا يكون له أن يتضرر من كون البيع مملوكا للغير [١].

غير أنه يشترط فى سقوط حق المشترى فى إبطال العقد صدور الإقرار من المالك قبل رفع دعوى الإبطال . أما إذا صدر الإقرار بعد ذلك ولو قبل الحكم فى الدعوى ، فإنه لايسقط حق المشترى فى الإبطال ، ذلك لأن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى فيكفـى أن يكون الحق قائما فى ذلك الوقت فلا يصـح أن يضـار المشـترى بسبب التأخر فى الفصل فى دعواه بعد أن تعلق حقه بالبطلان [٢].

٣٣٨ـ الإقرار الصريح والإقرار الضمنى :

قد يكون إقرار المالك ببيع ملكه من الغير صريحا ، كما يجوز أن يكون ضمنيا ، والإقرار الضـمنى تستخلصـه المحكمـة مـن ظروف الدعوى وملابساتها .

---

(١) السنهورى ص ٢٩٧ وما بعدها - عبـد المـنعم البـدراوى ص ٥٨٥ ومابعدها - مرقس ص ٥٠٩ ومابعدها .

(٢) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ١٧٤ - أنور سلطان ص ٣٩٤- سليمان مرقس ص ٥١١ .

ومن أمثلة ذلك :

١- توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن لا يمكن تأويله إلا بأنه إقرار لهذا البيع ، وخصوصا إذا كان قد ورد فى هذا العقد وضعه كبائع مع زوجته ، وكان هو لم يعارض فى دعوى صحة التعاقد التى أقامها الصادر له العقد وحكم فيها بصحة التعاقد ونفذ هذا الحكم وتسلم المشترى المبيع . وإذن فمن الخطأ ألا يعتبر مثل هذا التوقيع إقرارا للبيع بمقولة إن الإجازة الصادرة من المالك الحقيقى فى حدود المادة ٢٦٤ مدنى والتى بمقتضاها يصحح العقد يجب أن تصدر من المالك فى صيغة إجازة صريحة " .

(طعن رقم ١٠٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٤/٢٠) [١]

---

(١) **كما قضت محكمة النقض بأن :**

" إذا طلب المدعى تسليم العين المبيعة إليه من ورثة فلان بعقد مسجل موقع من البائعين بضمانة زيد المالك الحقيقى وفسخ العقد الصادر عنها من زيد هذا إلى بكر ، وتمسك فى ذلك بأن البيع الحاصل له ، وإن كان فى ظاهره صادرا من ورثة فلان ، هو فى حقيقته صادر من زيد الذى

٣٣٩ـ انقلاب العقد صحيحا إذا آلت الملكية إلى البائع بعد صدور العقد :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " وكذلك ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ".

كان طرفا فى العقد باعتباره ضامنا ، وذلك بقصد تيسير الإجراءات ولإمكان نقل التكليف ، كما تمسك بأن عقده مسجل قبل تسجيل صُحيفة دعوى صحة التوقيع التى أقامها بكر على زيد ، فقضت المحكمة برفض طلب التسليم وطلب الفسخ وأقامت قضاءها بذلك على أن الادعاء بأن البيع هو فى حقيقته من زيد مردود بما ثبت من عقد البيع من أن البائعين قد ردا فيه أنهم يملكون الأطيان المبيعة من طريق مورثهم الذى تملكها بطريق الشراء من أشخاص منهم زيد المذكور بموجب عقد بيع وفائى مسجل وأصبح نهائيا بمضى مدة الوفاء ، وهذا العقد الذى هو سند تمليك مورثهم ليس فى حقيقته إلا رهنا حيازيا وبذلك يكون البيع الصادر منهم إلى المدعى باطلا لصدوره من غير مالك ، كما أن عقد بكر قد سجل وهو بذلك يفضل عقد المدعى ، فهذا الحكم يكون قد عاره بطلان جوهرى من ناحيتين . الأولى أنه مع تحدى المدعى بدلالة توقيع زيد وهو المالك الحقيقى كضامن للبيع الصادر إلى المدعى من البائعين عن القدر المرهون إلى مورثهم لم يتحدث بتاتا عن أثر هذا الضمان ، ثانيا أنه فى معرض المفاضلة بين عقد المدعى وعقد بكر اعتبر عقد الأخير مسجلا فى حين أن المسجل هو صحيفة دعواه بصحة توقيع البائع إليه".

(طعن رقم ٥٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١٥)

وتعليل ذلك أن البائع يكون ملتزما بنقل ملكية المبيع إلى المشترى، وأن الالتزام بنقل الملكية ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق وفقا للمادة ٢٠٤ مدنى إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم . فإذا تخلف انتقال الملكية إلى المشترى عن وقت العقد بسبب عدم ملكية البائع المبيع حينئذ ، فإنه متى زال هذا المانع بأن آلت الملكية إلى البائع انتقلت الملكية من تلقاء نفسها إلى المشترى وارتفع بذلك الضرر الذى كان هذا يشكو منه ، وسقط بالتالى حقه فى إبطال العقد لأن هذا الحق لم يتقرر له إلا لرفع ذلك الضرر [(١)].

وعلى ذلك إذا تملك البائع المبيع بعد البيع بالعقد أو بأى سبب آخر من أسباب اكتساب الملكية كالميراث والوصية أو الهبة ، فإن عقد البيع ينقلب صحيحا فى حق المشترى ويرتفع الضرر الذى يصيب المشترى ولم يعد هناك ما يبرر حقه فى طلب الإبطال ، فقد زال المانع الذى حال دون انتقال الملكية إليه .

وتنتقل الملكية إلى المشترى من وقت تملك البائع أو من وقت تسجيل البيع إذا كان المبيع عقارا ولم يكن العقد قد سجل .

ولهذا فهى تنتقل محملة بالحقوق التى اكتسبت قبل ذلك فإذا كان المالك قد رهن المبيع أو حمله بحق انتفاع أو ارتفاق تم تملكه البائع

---

(١) سليمان مرقس ص ٥١٢ .

فالملكية تنتقل إلى المشترى على ما هو عليه . وإذا كان حق المشترى فى طلب البطلان يسقط فإن حقوقه الأخرى الناشئة من العقد تظل باقية وله على الخصوص الرجوع على البائع بالضمان إذا تعرض له من كسب حقا على المبيع (١).

ويشترط حتى ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى أن يكتسب البائع ملكية المبيع قبل رفع دعوى البطلان ، لأن حقوق المشترى قبل البائع تتحدد بوقت رفع هذه الدعوى ، فإذا تملك البائع المبيع بعد رفعها فلا يمنع ذلك المشترى من التمسك بحقه فى الحكم بإبطال البيع . لأن القاضى يجب أن ينظر الدعوى بالحالة التى تكون عليها وقت رفعها ، والمشترى يجب ألا يضار من جراء تأخير الفصل فيها (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد نص المادة ١/٤٦٧ من القانون المدنى أن بيع ملك الغير ينقلب صحيحا فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد " .

(طعن رقم ١١٧٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٨)

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٤٩ .

(٢) أنور سلطان ص ٣٩٥ – محمد لبيب شنب ص ٦٧ – محمد شكرى سرور ص ٤١٧ .

٢- " لما كان عقد البيع يرتب فى ذمة البائع التزاماً بنقل ملكية المبيع إلى المشترى وكان بيع ملك الغير لايؤدى لذلك لأن فاقد الشئ لايعطيه فقد أجاز المشرع فى المادة ١/٤٤٦ من القانون المدنى للمشترى دون غيره طلب إبطال هذا البيع من غير أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقى فعلا برفع دعوى الضمان على البائع إلا أن هذا الحق للمشترى لاينهض له ما يبرره إذا ما أقر المالك الحقيقى البيع حيث يترتب عليه نقل الملكية منه إلى المشترى وكذلك فى حالة صيرورة البائع مالكاً للمبيع بعد العقد وهو ما قننته المادة ٤٦٧ من القانون المدنى بفقرتيها إذ فى هاتين الحالتين زال العائق الذى كان يحول دون نقل الملكية إلى المشترى بهذا البيع ، مما ينبنى عليه كذلك أنه إذا أصبح انتقال الملكية إلى البائع ممكناً فإن إبطال البيع فى هذه الحالة يتعارض مع المبدأ القاضى بتحريم التعسف فى استعمال حق الإبطال إذ لم يعد للمشترى مصلحة بعد ذلك فى التمسك بالإبطال " .

(طعن رقم ٣٥٥٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٦/٤/١٨)

مادة (٤٦٨)

إذا حكم للمشترى بإبطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية .

الشـــرح

٣٤٠ـ تعويض المشترى حسن النية إذا حكم بإبطال البيع :

لم يقتصر الشارع على تخويل المشترى فى بيع ملك الغير الحق فى طلب إبطال العقد ، وإنما قرر له إذا كان حسن النية أى كان لايعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع ، الحق فى طلب التعويض من البائع .

أما إذا كان سئ النية فيقتصر حقه على طلب البطلان واسترداد الثمن دون التعويض ، والحكمة فى ذلك ظاهرة ، لأن علم المشترى وقت البيع أن المبيع مملوك لغير البائع يمنع كل ادعاء بضرر أصابه من البيع .

وللمشترى حسن النية المطالبة بالتعويض ولو كان البائع حسن النية ، لأن هذا الأخير بالرغم من حسن نيته قد تسبب بتقصيره فى الإضرار بالمشترى [١].

فمسئولية البائع إذن تستند إلى نظرية الخطأ فى تكوين العقد[٢].

---

(١) أنور سلطان ص ٣٩٢- عبد الودود يحيى ص ١٧٨ .

(٢) السنهورى ص ٢٩٢ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ٢٧ .

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى إنه :

" أزال المشروع غموضا فيما يتعلق بحق المشترى حسن النية فى التعويض إذا حكم بإبطال البيع ، فذكر صراحة أن هذا الحق يثبت له حتى لو كان البائع حسن النية (م٦٣٤ من المشروع). وليس فى هذا الحكم إلا تطبيق تشريعى لقاعدة الخطأ عند تكوين العقد "[1].

غير أنه يلاحظ أن للقاضى فى تحديد مدى التعويض أن يراعى عذر البائع فى حسن نيته [2].

أما فى حالة سوء نية البائع فإن مصدر التعويض يكون الخطأ التقصيرى [3].

ويترتب على ذلك أنه لايجوز أن يشترط البائع عدم رجوع المشترى عليه بالتعويض تطبيقا للمادة ٣/٢١٧ التى تقضى بأنه : "ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع " [4].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٩٣ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٥٨٢ .

(٣) السنهورى ص ٢٩٢- منصور مصطفى منصور ص ٢٥٢ - سليمان مرقس ص ٥١٤ .

(٤) منصور مصطفى منصور ص ٢٥٢ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " المقصود من المادة ٤٦٨ من القانون المدنى التى تقضى بأنه " إذا حكم للمشترى بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيـــع غيـــر مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النيـــة " هو تقرير حق المشترى الذى حكم له بإبطال البيع فـــى التعـــويض متى كان حسن النية ، وإذ جعل المشرع مناط حسن نية المشـــترى هو جهله بأن المبيع غير مملوك للبائع له فهو يعنى ألا يكون هـــذا المشترى عالما وقت شرائه بأن البائع له لايملـــك المبيـــع وبأنـــه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية إليه ، ومن ثم فلا ينتفى حسن النيـــة عن المشترى لمجرد علمه بأن سند البائع له عقد ابتدائى لما يسجل إذ فى هذه الحالة لايستحيل على البائع نقل الملكيـــة إليـــه بـــل إن انتقالها يكون ممكنا بمجرد تسجيل البائع عقد تمليكه ولا يعنى عـــدم تسجيل العقد عيبا فيه ، ذلك أن عقد البيع غير المسجل عقد منـــتج لجميع آثاره ومنها التزام البائع بنقل الملكية للمشـــترى وبتســـجيله تنتقل إليه الملكية فعلا متى كان البائع مالكا للمبيع " .

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٦/١١)

(راجع طعن رقم ١٩٣ لســـنة ٣٤ ق جلســـة ١٩٦٧/٨/١٥ منشور ببند ٣٢٢)

٣٤١- سقوط الحق فى التعويض لسقوط الحق فى الإبطال :

يسقط الحق فى التعويض إذا سقط الحق فــى طلــب الإبطــال بالتقادم ، ذلك أن التعويض تابع للإبطال . وهذا واضح من نــص المادة ٤٦٨ التى تقرر أنه : " إذا حكم للمشترى بإبطال البيــع ... فله أن يطالب بتعويض ... " فهى تفترض أن التعــويض تبعــى للإبطال[١] .

---

(١) عبد المنعم البداروى ص ٥٨٢ - خميس خضر ص ٢٩٩- اســماعيل غانم ص ٢٦ .

بيع الحقوق المتنازع عليها :

مــادة (٤٦٩)

١- إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع .

٢- ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى .

الشــرح

٣٤٢ـ الحكمة من بيع الحقوق المتنازع عليها :

إذا كان هناك حق متنازع عليه فقد يكون من مصلحة صاحبه أن يتصرف فيه . إذ قد يكون غير قادر على السير فى المنازعة بما تقتضيه من نفقات ومجهود ، وعندئذ يكون أمامه إحدى وسيلتين فإما أن يعمل على التصالح مع من ينازعه ، وإما أن يتصرف فى حقه إلى الغير بأن يبيعه مثلا .

ولما كان الحق محل نزاع ويحتمل أن يثبت عدم وجوده كله أو بعضه ، فمثل هذا البيع يكون من العقود الاحتمالية وغالبا ما يكون المشترى مضاربا فيدفع ثمنا أقل مما يساويه الحق لو لم يكن متنازعا فيه ويكون الفرق بين الثمن الذى دفعه وما يساويه الحق مقابلا لما يتعرض له من احتمال . والأصل أن هذا البيع صحيح .

ولكن منعا لمثل هذه المضاربات- سنرى أن المشرع أجاز لمن ينازع في الحق أن يسترده من المشترى في مقابل أن يرد له ما أنفقه من ثمن ومصروفات وفوائد - ولما كان الاسترداد يتم بغير إرادة المشترى ، فيعتبر خروجا على الأصل العام الذى يقضى بأن الشخص لا يحرم من حقه بغير إرادته . ونكون بصدد حالة من أحوال نزع الملكية للمنفعة الخاصة ، ويبرر هذا حرص المشرع على منع المضاربة ولهذا سنرى أن الاسترداد يمتنع عندما تنتفى فكرة المضاربة .

وإذا استرد المدين الحق المتنازع فيه بدفع ثمنه للمشترى ، فإن الأمر يؤول إلى وضع شبيه بما إذا تصالح صاحب الحق مع مدينه على أن يأخذ منه مبلغا أقل من قيمة الحق ، وهذا المبلغ هو الذى ارتضاه صاحب الحق عندما باع به حقه . فكأن المدين دفع لصاحب الحق - يمثله المشترى خلفه - القيمة التى ارتضاها صاحب الحق نفسه ، وذلك لفض النزاع . فالأمر فى صورته استرداد ، وفى حقيقته ضرب من الصلح [١].

٣٤٣- الاسترداد حق للمتنازل ضده وليس للبائع :

حق الاسترداد مقرر للمتنازل ضده وهو من ينازع البائع فى الحق المبيع ، وليس مقررا للبائع .

---

(١) السنهورى ص ١٩٧ هامش (١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٤٦٩ من القانون المدنى على أن " إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع . ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى " يدل على أن المشرع خروجا على الأصل العام فى حرية التصرف إذا كان الحق المتنازع فيه قد تنازل عنه صاحبه إلى الغير أجاز لمن ينازع فى هذا الحق أن يسترده من المشترى إذا دفع له الثمن الحقيقى والمصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع ومن ثم فإن حق الاسترداد مقرر للمتنازل ضده وهو من ينازع البائع فى الحق المبيع وليس مقررا للبائع.

(طعن رقم ٣٣١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣١)

٢- " إذا كانت الطاعنة هى البائعة للحق المتنازع فيه موضوع الدعوى فليس لها أن تطلب استرداده من المشترى وهو ما كان يوجب على المحكمة أن تحكم برفض الدعوى وإذ انتهى الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه إلى القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها وكان هذا القضاء يستوى فى النتيجة مع القضاء برفض الدعوى فإن النعى- أيا كان وجه الرأى فيه- يكون غير منتج " .

(طعن رقم ٣٣١٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣١)

٣٤٤- المقصود بالحق الذى يجوز استرداده :

جاء لفظ الحق فى المادة مطلقا ، وعلى هذا فهو يشمل كل حق يمكن التصرف فيه بمقابل ، فيشمل الحقوق الشخصية والحقوق العينية والحقوق المالية التى ترد على أشياء غير مادية كحق المؤلف في استغلال المصنف استغلالا ماديا [(١)].

وكان القانون القديم ينص فى المادة ٣٥٤ على أنه : " إذا بيع مجرد دعوى بدين أو بحق ... " مما أدى إلى الخلاف حول ما إذا كان حق الاسترداد مقصورا على الحقوق الشخصية أم يشمل أيضا الحقوق العينية [(٢)]. فجاء المشرع فى القانون الجديد وحسم الخلاف

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٦٩ - اسماعيل غانم ص ٢٢٨ .

(٢) وصياغة المادة ٤٦٩ تختلف عن صياغة مواد القانون المدنى القديم .

فالقانون المدنى القديم كان يتكلم عن الحقوق المتنازع فيها فى مناسبتين وموضعين: الأولى فى المادة ٢٥٧ وهى التى كانت تحرم على رجال القضاء شراء الحقوق المتنازع فيها ، والثانية فى المادة ٣٥٤ التى تقرر للمتنازل ضده حق استرداد الحق المتنازع فيه إذا نزل عنه صاحبه للغير .

وكان لكل من الحقين معنى خاص . فذهبت محكمة النقض فى قضائها بأن المادة ٢٥٧ من القانون القديم التى تحرم على القضاة وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها، تفيد عباراتها اشتراط أن يكون التنازع على الحق المبيع قائما بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشترى ، سواء كان مطروحا على القضاء أو لم يطرح بعد . بينما قررت بمناسبة شراء الحقوق المتنازع فيها أنه يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع عليها أن يكون قائما بشأنه، وقت التنازل عنه ، خصومة أمام القضاء ، وأن

بأن عمم معنى الحـــق . وفـــى هـــذا **تقــول مذكـــرة المشــروع التمهيدى أنه :**

" يعمم المشروع معنى الحق المتنازع فيه ، فيكون شخصـــيا أو عينيا ، أما التقنين الحالى ، فالظاهر من ألفاظه أنه يتكلم عن الحق

يكون النزاع منصبا على أصل الحق أى متعلقـــا بوجـــوده أو بطريقـــة التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضى المدة .

فقد قضت بتاريخ ١٩٣٤/٤/٢٦ فى الطعن رقم ٨٢ لسنة ٣ ق بأن :

" إن المادة ٢٥٧ من القانون المدنى ، التى تحرم على القضاة وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها ، تفيد عبارتها اشتراط أن يكون التنازل على الحق المبيع قائما بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشترى ، ســواء كـــان مطروحا على القضاء أم لم يكن طرح بعد . وإذن فلا يكفى لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلا للنزاع ومحتملا أن ترفع بشأنه دعوى ".

وقضت بتاريخ ١٩٣٨/٤/٧ فى الطعن رقم ٨٢ لسنة ٧ ق بأن : " إن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لايعتبر معه الدين متنازعـــا عليه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ من القانون المـــدنى ، إذ يجـــب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع عليها أن يكون قائما بشـــأنه ، وقت التنازل عنه ، خصومة أمام القضاء ، وأن يكون النزاع فيها منصبا على أصل هذا الحق (Le fond de droit) أى متعلقـــا بوجـــوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضى المدة . فكـــل العراقيـــل التى تعترض السداد بفعل المدين ، كالدفع بعدم الاختصـــاص أو بعـــدم وجود صفة للمدعى ، لا يعتبر معها الدين متنازعا عليه ، لأنهـــا غيـــر متعلقة بأصله " .

الشخصى دون الحق العينى ، مع أن الحكم واحد بالنسبة للنـــوعين من الحق " [١].

ويستوى أن يكون الحق منقولا أو عقاريا ، وسواء كـــان مـــالا منفردا أو مجموعة من الأموال [٢].

ويلاحظ أن التنازل عن الحق للغير لايجوز إذا حظره القـــانون أو الاتفاق ، كما فى عقود الإيجار الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن إذ يحظر القانون التنازل عن حق الإيجار إلا بـــإذن كتـــابى مـــن المؤجر ، وإذا كان الإيجار خاضعا للقانون المدنى ، فإنه لايحظـــر هذا التنازل ولكن قد يرد الحظر بالاتفاق عليه بالعقد ، فإن تنـــازل المستأجر رغم الحظر ترتبت عليه الآثار القانونية ، وذلـــك بفســـخ العقد ، فلا ينال نص المادة ٤٦٩ من هذا الأثر .

وكذلك الحكم إذا تضمن العقد شرطا مانعا من التصـــرف ، إذ لايجوز للمتصرف إليه إثارة منازعة ولو كانت جدية مع المتصرف، للتذرع فى مواجهته بنص تلك المادة لمخالفة الشرط المـــانع مـــن التصرف الذى ينال من حقه فى التصرف فى العين ، إذ لاترد تلك المنازعة على الحق الذى تعنيه تلك المادة وإنما على شرط تضمنه العقد لايمس الحق العينى أو الشخصى وإنما يقيد أحـــد عناصـــره

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٠٤ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٥٩٣ .

تقييدا مؤقتا ، ويسترد المتصرف إليه عنصر حقه المتعلق بالتصرف[1].

٣٤٥ـ متى يعتبر الحق متنازعا فيه ؟

نصت الفقرة الثانية من المادة صراحة على أن يعتبر الحق متنازعا فيه فى حالتين :

١- إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى .

٢- إذا قام فى شأنه نزاع جدى .

وفى هذا يختلف القانون المصرى عن القانون الفرنسى الذى يقصر معنى النزاع على الحالة الأولى دون الثانية .

ونعرض لهاتين الحالتين فيما يلى :

١- يكون الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى :

يجب أن يكون الحق قد رفعت بشأنه دعوى أمام القضاء . ويشترط فى هذه الحالة أن تكون الدعوى خاصة بأصل الحق أو موضوعه . فمتى رفعت الدعوى بالحق كان متنازعا فيه .

وتقول محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٣٨/٤/٧ فى الطعن رقم ٨٢ لسنة ٧ ق سالف الذكر إن النزاع ينصب على أصل الحق إذا كان " متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه

---

(١) أنور طلبه ص ٧٣٣ .

كالسداد أو السقوط بمضى المدة ، فكل العراقيل التى تعترض السداد بفعل المدين ، كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعى ، لايعتبر معها الدين متنازعا عليه لأنها غير متعلقة بأصله"(١).

---

(١) وجاء بذات الحكم : " إن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لايعتبر معه الدين متنازعا عليه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ من القانون المدنى " .

كما قضت أيضا بأن :

١- " إن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لايعتبر معه الدين متنازعا عليه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ من القانون المدنى ، إذ يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع عليها أن يكون قائما بشأنه ، وقت التنازل عنه ، خصومة أمام القضاء ، وأن يكون النزاع فيها منصبا على أصل هذا الحق Le fond de droit أى متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بفعل المدين . فالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعى ، لايعتبر معها الدين متنازعا عليه ، لأنها غير متعلقة بأصله ".

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٤/٧)

٢- " متى كان الحكم قد أثبت أن المدعى لم يشتر إلا مجرد حق متنازع فيه ، فإن قضاءه برفض دعواه بالضمان يكون موافقا لحكم المادة ٣٥٣ من القانون المدنى التى تقضى بأن لا ضمان أصلا على من باع مجرد حق متنازع فيه " .

(طعنان رقم ١١١ لسنة ١٦ق، ١٠ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١/١٥)

أما إذا كان الحق ثابتا خاليا من النزاع فلا يعتبر متنازعا فيه ، ولو عرقل المدين على صاحبه أمر الحصول عليه أو صعب عليه ما يتخذه من الإجراءات للتنفيذ على ماله .

ويظل الحق متنازعا فيه مادامت الدعوى به قائمة . فإذا انتهت بحكم نهائي سقطت عن الحق صفة المنازعة ، ولو كان قابلا للطعن بطريق غير عادى كالنقض والتماس إعادة النظر ، مادام لم يطعن فيه بالفعل بأحد هذين الطريقين ، أما لو طعن فيه بأحدهما عاد الحق متنازعا فيه .

الحالة الثانية :

إذا قام فى شأن الحق نزاع جدى ولو لم يطرح النزاع على القضاء بعد .

ويجب أن يكون النزاع على موضوع الحق فلا يكفى مثلا أن يماطل المدين فى الدفع دون أن ينكر مديونيته . ومثال النزاع الجدى حالة ما إذا اغتصب شخص مالا وتقدم صاحبه بشكوى إلى جهة إدارية وادعى المغتصب أمام الإدارة أنه صاحبه [١].

ولكن لا يكفى لاعتبار المنازعة جدية مجرد احتمال بسيط بحصول المقاضاة أو مجرد تعذر الحصول على دين مسلم به من المدين نفسه أى تعذر استيفاء الدين [٢].

---

(١) عبد المنعم البداروى ص ٢٦٨ – اسماعيل غانم ص ٢٢٩ .

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٢٠ .

وتقدير جدية النزاع مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضى الموضوع [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- " إن المادة ٢٥٧ من القانون المدنى ، التى تحرم على القضاة وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها ، تفيد عبارتها اشتراط أن يكون التنازع على الحق المبيع قائما بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشترى ، سواء أكان مطروحا على القضاء أم لم يكن طرح بعد . وإذن فلا يكفى لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلا للنزاع ومحتملا أن ترفع بشأنه دعوى " .

٢- " إن محكمة الموضوع ، إذ تفصل فى وصف كون الوقائع التى أثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه ، إنما تفصل فى مسألة قانونية هى توافر ركن من أركان القانونية لحكم المادة ٢٥٧ من القانون المدنى أو عدم توافره . وإذن فإن عملها فى هذا خاضع لرقابة محكمة النقض" .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٤/٤/٢٦)

والتمسك بأن المتنازل إليه قد اشترى حقا متنازعا عليه هو دفاع يخالطه واقع، فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص٢٠٣ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تمسك الطاعن بأن المطعون ضده قد اشترى حقا متنازعا عليه هو دفاع يخالطه واقع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ".

(طعن رقم ١٩٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٥/٨/١٩٦٧)

٣٤٦ـ التصرفات التى يجوز فيها الاسترداد :

الغالب أن يكون التصرف فى الحق المتنازع فيه بيعا ، ولهذا عالج المشرع الموضوع فى أحكام البيع وتحت عنوان " بيع الحقوق المتنازع عليها " . ولكن فكرة المضاربة التى أراد المشرع منعها بتقرير حق الاسترداد لاتتحقق فى البيع وحده ، ولهذا نجد المشرع لايتكلم فى المادة (٤٦٩) عن بيع الحق المتنازع فيه بل يقول " إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل : " وهو ما يدل على قصده فى عدم الاقتصار على البيع وإلا لقال" قد باعه صاحبه" . وعلى ذلك فالفكرة التى يجب الاهتداء بها فى تحديد التصرفات هى فكرة المضاربة[1] .

ويذهب رأى إلى أنه يجوز الاسترداد فى كل حالة يكون فيها التنازل قد تم فى مقابل مبلغ من النقود لأن المادة ٤٦٩ صريحة فى أن الاسترداد يكون فى مقابل" رد الثمن " [2].

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٦٨ .

(٢) السنهورى ص ٢٠٠ – عبد المنعم البدراوى ص ٥٩٣ – محمد شكرى سرور ص ٤٢٠ .

ويضيف البعض إلى أنه يجوز استرداد الأشياء المثلية ، لأن المسترد يستطيع أن يدفع مثلها للمشترى [١].

بينما يذهب الرأى الغالب إلى أن الاسترداد يجوز ولو حصل التنازل من طريق المقايضة ، وفى هذه الحالة يدفع المدين للمقايض قيمة البدل الذى قايض عليه [٢].

وبالترتيب على ما تقدم لايجوز الاسترداد إذا كان النزول عن الحق تبرعا . لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولايمكن وصف المتبرع أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة . فإن كان العوض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد ، وإلا غلبت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق [٣].

٣٤٧ـ هل يسري الاسترداد على البيع القضائى ؟

يذهب رأى إلى أن الاسترداد لا يصح فى البيع الجبرى ، وأنه يقتصر على البيوع الاختيارية لأن نص المادة (٤٦٩) يفهم منه أن الحق انتقل إلى الغير عن طريق التنازل من صاحبه ، والتنازل هو

---

(١) السنهورى ص ٢٠٠- عبد الودود يحيى ص ١٨٧- محمد لبيب شنب ص ٢٧٣ .

(٢) أنور سلطان ص ٤٠٣ - منصور مصطفى منصور ص ٢٦٨- اسماعيل غانم ص ٢٣٠- خميس خضر ص ٣١٢ .

(٣) السنهورى ص ٢٠٠ .

التصرف الاختيارى ، ثم إن البيوع القضائية تفتح الباب أمام الجميع ، فتنتفى مظنة المضاربة والاستغلال لدى الراسى عليه المزاد ، وفضلا عن ذلك فإنه لو سمح بالاسترداد لأحجم المزايدون عن الدخول فى المزاد [١].

ويذهب الرأى الراجح إلى أن الاسترداد يصح فى البيع ولو كان بيعا قضائيا لأن النص ورد عاما [٢] .

٣٤٨ـ كيفية استعمال حق الاسترداد :

لم ينص المشرع على الإجراءات الواجب اتباعها لاسترداد الحق المتنازع فيه إذا نزل عنه صاحبه للغير ، خلافا لما فعل بالنسبة لاسترداد الحصة الشائعة (م٨٣٣) وبالنسبة لاستعمال الحق فى الشفعة (م٩٤٠) ، وإزاء هذا السكوت من جانب المشرع ، لامفر من استخلاص الإجراءات على ضوء القواعد العامة .

ولما كان الاسترداد عبارة عن تصرف قانونى وكانت القاعدة هى أن التصرفات القانونية لا يعتد بها إلا إذا حصل تعبير عنها فى الحيز الخارجى، ولاتنتج أثرها إلا إذا اتصلت بعلم من وجهت إليه ،

---

(١) عبد المنعم البداروى ص ٥٩٣ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٢٠٠ هامش (٤) - منصور مصطفى منصور ص ٢٧١- أنور سلطان ص ٤٠٣ - اسماعيل غانم ص ٢٣٠- محمد لبيب شنب ص ٢٧٤ .

فإن الاسترداد يتم بأن يعلن المتنازل ضده رغبته فى استرداد الحق المبيع وأن يوجه هذا الإعلان إلى المشترى أو إلى المتنـــازل لـــه بصفة عامة [١]. ولايشترط فى هذا الإعلان شكل خاص بل يجــوز أن يتم على أى شكل يفصح بوضوح عــن رغبــة موجهـــه فـــى الاسترداد [٢]. فيصح أن يكون بإعلان على يد محضـــر بخطـــاب موصى عليه أو بخطاب عادى أو حتى شفاهة ، وإنما يقـــع علـــى عاتق المسترد إثبات ذلك .

فإذا لم يسلم المتنازل إليه بحق المتنازل ضده فى الاسترداد جاز الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بصحة الاسترداد .

ولايشترط لإعلان الرغبة فى الاسترداد أن يتم فى ميعاد معين، فالقانون لم يحدد للاسترداد وقتا يجب أن يتم فى خلاله ، ولـــذلك لا مفر من القول بأن الاسترداد يجوز فى أى وقت مادام الحق المبيـــع لازال متنازعا فيه، ومادام الحق فى رفع دعوى الاسترداد لم يسقط بالتقادم وفقا للقواعد العامة بمضى خمس عشرة سنة على النـــزول عن الحق المتنازع فيه (م٣٧٤) .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٧٧- عبد المنعم البدراوى ص ٥٩٤ – منصور مصطفى منصور ص ٣٧٢ .

(٢) السنهورى ص ٢٠١ – محمد لبيب شنب ص ٢٧٧- خميس خضر ص ٣١٤ .

أما إذا حسم النزاع حول الحق المبيع ، فإن الاسترداد يمتنع .

وقد يطلب الاسترداد من بادئ الأمر أمام القضاء ، فإذا كان الدائن قد رفع الدعوى مطالبا المدين بالحق الذى ينازع فيه ، وحصل التنازل عن الحق أثناء نظر الدعوى بين المدين والدائن فتدخل المتنازل له خصما فيها أو كان المتنازل له قد رفع الدعوى على المدين يطالبه بالحق ، فإن المدين يعلن إرادته فى الاسترداد عن طريق طلبه فى المحكمة من المشترى بالشكل العادى الذى تبدى به الطلبات فى الخصومة . ويوجه الطلب إلى المتنازل له وحده دون المتنازل ، إذ أن المتنازل له وحده هو الخصم فى الاسترداد [1].

وإذا أبدى طلب الاسترداد أمام القضاء فإنه يجب أن يبدى بصفة أصلية وبغير منازعة فى الحق ، فلا يجوز للمتنازل ضده أن يطلب رفض الدعوى بصفة أصلية ، وأن يطلب بصفة احتياطية الحكم له بالاسترداد .

ويبرر ذلك بأن رفض الطلب الأصلى ينهى النزاع قبل أن يتاح للمحكمة أن تفحص الطلب الاحتياطى ، ومن شأن ذلك أن يجعل الحق غير متنازع فيه ومن ثم فلا يجوز طلب استرداده . ولكن هذا التبرير لا يصدق إلا فى حالة ما إذا كان الحكم الذى يصدر فى

---

(١) خميس خضر ص ٣١٤ – عبد الودود يحيى ص ١٨٩ .

موضوع النزاع مما لايجوز الطعن فيه بالطريق العادى ، ذلك أنه لو كان الحكم مما يجوز الطعن فيه فإن الحق يبقى بالرغم من ذلك الحكم متنازعا فيه ، وبالتالى يجوز طلب الاسترداد [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٣٥٤ من القانون المدنى لا تخول المدين الحق فى استرداد الذين المبيع بـ رض الثمن على المشترى إلا إذا كان ذلك حاصلا بصفة أصلية وبغير منازعة فى أصل الدين رغبة فى إنهاء الخصومة صلحا على هذا الأساس " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٤/٧)

٣٤٩ـ هل يلزم اقتران إعلان الرغبة فى الاسترداد بدفع المبالغ التى يلزم القانون المسترد بها ؟

يذهب رأى إلى أنه يجب على المدين أن يرد للمشترى ردا فعليا- أو يعرض عرضا حقيقيا – المبالغ التى يلزمه القانون بأدائها إلى المتنازل إليه ، وأن طلب الاسترداد لا يحدث أثره إلا إذا تم الرد أو العرض . ذلك أن نص الفقرة الأولى من المادة صريح فى أن "للمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل إليه الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من يوم

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٧٢- محمد لبيب شنب ص ٢٧٨ .

الدفع " ولأن التخلص من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يكـون إلا من يوم الوفاء ، والوفاء لايكون إلا بالـدفع الفعلـى أو العـرض الحقيقى إذا لم يقبل المشترى الدفع الفعلى أو نازع فى صحته .

وأنه لا ضرر من ذلك على المحال ، فإن المدين إذا لـم يقـم بالدفع فعلا بقى المحال مالكا للدين وجازت لـه مقاضـاة المـدين والتنفيذ على ماله (١).

أما الرأى الراجح فيذهب إلى أنه يكفى مجرد إظهار الرغبة فى الاسترداد مع إبداء الاستعداد لدفع المبالغ المستحقة (٢).

ولكن الاسترداد لا يتم فعلا وبالتالى لا يتخلص المتنازل ضـده من مطالبة المشترى إلا إذا تم دفع الثمن وملحقاته إليـه ، أو أودع خزانة المحكمة ، بشرط أن يحدث ذلك قبل أن يحسم النزاع علـى الحق المتنازل عنه .

٣٥٠ـ ما يجب على المسترد دفعه :

يلتزم المسترد بأن يرد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت البيع .

---

(١) السنهورى ص ٢٠٢ ومابعدها – أنور سلطان ص ٤٠٧– عبد المـنعم البدراوى ص ٥٩٤ ومابعدها – أحمد نجيب الهلالى وحامد زكـى ص ٦١٤ – عبد الودود يحيى ص ١٩٠ ومابعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٥٨– عبد الودود يحيى ص ٢٨٠ .

ونعرض لذلك فيما يلى :

أولاً : الثمن :

يلتزم المسترد بأن يدفع للمتنازل له الثمن الذى دفعه مقابلا للحق المتنازع فيه ، فإذا كان المقابل أشياء مثلية غير النقود ، التزم المسترد أن يرد إليه مثلها بقدرها ووصفها المعينين فى العقد .

وقد حرص المشرع على أن يصف الثمن بوصف " الحقيقى" لأن المتعاقدين قد يذكران ثمنا صوريا أكبر من الثمن الحقيقى حتى يمنع المتنازل ضده عن طلب الاسترداد .

فإذا حدث هذا ، فإن ما يلتزم المسترد برده هو الثمن الحقيقى ، وله أن يثبت صورية الثمن المذكور فى العقد بكافة طرق الإثبات ولو زادت قيمته على خمسمائة جنيه وذلك لأنه ليس طرفا فى العقد[١].

وإذا توالى التنزول عن الحق قبل الاسترداد ، فالثمن الواجب رده هو الثمن الذى حصل به النزول الأخير ، لأن الاسترداد إنما يتم من المتنازل له الأخير الذى كان صاحبا للحق فى وقت الاسترداد [٢].

---

(١) السنهورى ص ٢٠٣- عبد المنعم البدراوى ص ٥٩٥ – عبد الودود يحيى ص ١٩١ .

(٢) السنهورى ص ٢٠٣ – أنور سلطان ص ٤٠٦ – منصور مصطفى منصور ص ٢٧٣ .

ثانيا : فوائد الثمن :

يلتزم المسترد بأن يدفع للمتنازل له فوائد الثمن الحقيقي . وتحسب هذه الفوائد من الوقت الذى دفع فيه المتنازل له هذا الثمن إلى المتنازل ، وذلك خلافا للقواعد العامة التى لاتوجب سريان الفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية .

وتحسب هذه الفوائد بالسعر القانونى وهو ٤% فى المسائل المدنية ، ٥% فى المسائل التجارية ، وذلك تعويضا للمتنازل له عن المدة التى بقى فيها محروما من الثمن لاينتفع به ، ولكن لايجوز للمتنازل له أن يجمع بين فوائد الثمن وثمرات الحق المتنازل عنه ، فيلتزم أن يرد للمسترد الثمار التى نتجت عن الحق من يوم دفع الثمن إذا كان قد تسلم الشئ المنتج لها فى هذا الوقت [١].

ثالثا : المصروفات :

ويقصد بالمصروفات النفقات التى تحمل بها المتنازل له فى سبيل اكتساب الحق المتنازع فيه ، كرسوم التسجيل فى العقار ورسوم الورقة الرسمية أو التصديق على الإمضاء ورسوم التمغة والسمسرة وأتعاب المحامى وغير ذلك . كما تشمل مصروفات الدعوى إذا كانت قد رفعت وتحمل فيها المتنازل له شيئا لأن الاسترداد يضع حدا لهذه الدعوى .

---

(١) السنهورى ص ٢٠٤- محمد لبيب شنب ص ٢٨١ .

أما إذا لم يرجع بها صاحب الحق على أحد فالغالب أن يكون قد أدخلها فى الثمن الذى باع به الحق [١].

٣٥١ـ آثار الاسترداد :

إذا تم الاستردادعلى النحو المتقدم ، فإن هذا لايعنى أن المسترد أقر بأن الحق المتنازع فيه ليس له ، بل إن كل ما قصده بالاسترداد هو إنهاء النزاع حول هذا الحق والتخلص من مطالبة المتنازل ، أو المتنازل له ، للمسترد بهذا الحق . ونظرا لأن القانون لم ينظم آثار الاسترداد ، فإن هذه الآثار ، يمكن أن تتحدد ، وفقا للقواعد العامة، فى ضوء إحدى فكرتين . فإما أن نقول إن الاسترداد لاينشئ تصرفا جديدا بين المتنازل له والمسترد ، وكل ما له من أثر هو حلول الثانى (المسترد) ، محل الأول (المتنازل له) فى الحق . وإما أن نقول بأن الاسترداد ينشئ تصرفا جديدا بين المسترد والمتنازل له ، فنكون بصدد تصرفين قانونيين ، الأول بين المتنازل والمتنازل له ، والثانى بين المتنازل له والمسترد ، وكل من التصرفين هو الذى يحكم العلاقة بين طرفيه . ويأخذ الرأى الراجح بالفكرة الأولى ، وهى فكرة حلول المسترد محل المتنازل له بأثر رجعى ، ولكنه مع ذلك لا يأخذ بكل ما يترتب على هذه الفكرة من

---

(١) السنهورى ص ٢٠٤- منصور مصطفى منصور ص ٢٧٣- عبد الودود يحيى ص ١٩٢ .

نتائج [١]. وتفصيل ذلك يقتضى أن نعرض لآثار الاسترداد (١) فى العلاقة بين المسترد والمتنازل له . (٢) فى العلاقة بين المتنازل والمتنازل له . (٣) فى العلاقة بين المتنازل والمسترد .

١- العلاقة بين المسترد والمتنازل له :

يذهب الرأى الراجح إلى أنه يترتب على الاسترداد حلول المسترد محل المتنازل له ، فهذا الأخير ، فى علاقته بالمسترد ، يعتبر أنه لم يتملك الحق أصلا . وإذا كان الحق يؤخذ من المتنازل له ليعطى للمسترد ، إلا أن هذا لايعنى أن الثانى خلف للأول . ويترتبُ على هذا أن جميع الحقوق التى يكون المتنازل له قد رتبها على الحق فى الفترة بين النزول والاسترداد ، تزول بأثر رجعى ، لأن المتنازل له يعتبر أنه لم يكن مالكا فى هذه الفترة . فإذا كان الحق المتنازع فيه عقارا ، سقط كل ما رتبه المشترى على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخرى كحقوق ارتفاق أو حقوق انتفاع . وتسقط الحجوز التى يكون دائن المشترى قد وقعها تحت يد المتنازل ضده إذا كان الحق المتنازع فيه حقا شخصيا ، إذ هى تعتبر واردة على حق ليس للمتنازل إليه ويبرر ذلك أن القول ببقاء

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٧٤ ومابعدها - عبد الودود يحيى ص ١٩٢ ومابعدها .

فيستعمل حق مدينه المتنازل له فى مطالبة المسترد بهـذا الـثمن ، وهو فى ذلك يتعرض بطبيعة الحال لمزاحمة دائنى المتنـازل لـه الآخرين [١].

وهذا الرأى ليس مسلما به بين جميع الشراح ، بعضهم يرى أن للمتنازل أن يطالب المسترد بالثمن عن طريق الدعوى المباشـرة ، مما يفيد أنهم أخذوا بفكرة أن المسترد يحـل فـى الصـفقة محـل المتنازل له [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يذكر المشروع ما يجب رده لاسترداد المبيع ، فهـو الـثمن الحقيقى والمصروفات وفوائد الثمن بسعر الفائدة القانونية من وقت الدفع . والمشروع فى هذا يتفق مع التقنين الحالى . والفكرة هـى منع المضاربة .٠

" .... ويترتب على ذلك أيضا أنه فى الفروض التى تنتفى فيها فكرة المضاربة ينتفى حق الاسترداد .. "[٣].

---

(١) عبد الودود يحيى ص ١٩٤ – محمد لبيب شنب ص ٢٨٦- عبد المنعم البدراوى ص ٥٩٧- السنهورى ص ٢٠٥ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٢٧٦- خميس خضر ص ٣١٩ .

(٣) مجموعة لأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٠٤ .

مـــادة (٤٧٠)

لاتسرى أحكام المادة السابقة فى الأحـــوال الآتية :

(أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعـــة أمـــوال بيعت جزافا بثمن واحد .

(ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر .

(ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفـــاء للـــدين المستحق فى ذمته .

(د) إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا وبيع الحق لحـــائز العقار .

الشـــرح

٣٥٢ـ تمهيـــد :

رأينا أن المادة (٤٦٩) نصت على القاعدة العامة فـــى بيـــع الحقوق المتنازع عليها واستردادها ، وأن المشرع استهدف من ذلك منع المضاربة .

ومن ثم فإنه يترتب على ذلك أنه كلما انتفت المضاربة ، امتنع على المتنازل ضده استرداد المبيع من المتنازل له .

وقد حددت المادة (٤٧٠) الحالات التى يمتنـــع فيهـــا اســـترداد المبيع من المتنازل إليه بأربع حالات ، سنعرض لها .

٣٥٣- الحالات التى لا يجوز فيها الاسترداد :

(أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد .

ومثال ذلك ، بيع الوارث لحصته فى التركة إذا اشتملت على مجموعة أموال وكان من بينها حق متنازع فيه . والسبب فى منع الاسترداد فى هذه الحالة ، أن الحق المتنازل فيه يفقد ذاتيته ويندمج مع بقية عناصر التركة ، فتنتفى فى هذه الحالة فكرة المضاربة على هذا الحق بالذات ويمتنع الاسترداد .

ويفترض فى هذه الحالة أن الثمن حدد لكل الصفقة ، أما إذا كان الثمن قد حدد على أساس مفرداتها ، وكان معروفا ما يقابل الحق المتنازع فيه من ثمن ، جاز الاسترداد(١) .

ويترتب على ذلك أنه إذا اشترى شخص من وراث نصيبه فى التركة ، وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة فى ذمة أجنبى وهو دين ينازع فيه المدين ، فإن المشترى لنصيب الوارث وقد أصبح صاحب هذا الدين المتنازع فيه يستطيع أن يطالب به المدين ، ولايستطيع المدين أن يسترده منه . فإذا صفى النزاع فى الدين ، وثبت استحقاق التركة له ، وجب على المدين أن يدفعه كله لمن اشترى نصيب الوارث (٢).

---

(١) السنهورى ص ٢٠٧ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٥٩٩ – عبد الودود يحيى ص ١٩٥ .

(٢) السنهورى ص ٢٠٨ .

(ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر :

والحكمة فى هذا أنه يغلب أن يكون الدافع إلــى الشــراء هــو الاشتراك فى الميراث أو فى الشيوع لا المضاربة .

ويستوى أن يكون النزاع بشأن الحق قائما بين الشريك البــائع وأحد الشركاء الآخرين ، أو بينه وبين الغير .

والبيع المانع من الاسترداد هو هنا البيع الحاصل لشريك ، أمــا إذا صدر البيع لأجنبى عن الشركاء ، كان للمتنازل ضــده خيــار الاسترداد .

(ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفــاء للــدين المستحق فى ذمته .

الفرض هنا أن الدائن قبل أن يحل محل مدينه فى حق متنــازع فيه لهذا المدين فى ذمة الغير ، وذلك فى مقابل إبرائه من دينــه . فنحن هنا بصدد وفاء بمقابل ، والمقابل هوحق متنازع فيه للمدين . وهنا تنتفى فكرة المضاربة ، إذ الدافع هو رغبة الدائن فى اســتيفاء حقه ، وقد لا يجد سبيلا غير هذا لاقتضاء حقه .

(د) إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا وبيع الحق لحائز العقار :

والفرض هنا أن شخصا اكتسب ملكية عقار يوجد عليه رهن لضمان دين متنازع فيه . فإذا باع المدين الراهن العقار المرهون إلى آخر ، فإن الدائن المرتهن يستطيع – وفقا لأحكام الرهن– أن يتتبع العقار لينفذ عليه فى يد الحائز الذى اشتراه . فإذا تفادى الحائز التنفيذ على العقار ونزع ملكيته ، عن طريق شرائه للحق المتنازع فيه ، المضمون بالرهن من الدائن ، فإن المدين لايستطيع المطالبة باسترداد هذا الحق ، إذا دفع للحائز الثمن الذى دفعه هذا الأخير للدائن مع الفوائد والمصروفات . وعلة منع الاسترداد فى هذه الحالة ، أن الحائز عندما اشترى الحق من الدائن لم يقصد المضاربة ، وإنما قصد تخليص العقار من الرهن ، وتفادى التنفيذ بواسطة الدائن[١] .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٩٩– عبد الودود يحيى ص ١٩٦ .

مـادة (٤٧١)

لايجوز للقضاة ، ولا لأعضاء النيابـة ، ولا للمحـامين ، ولا لكتبة المحاكم ، ولا للمحضرين ، أن يشـتروا ، لا بأسـمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر فـى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمـالهم فـى دائرتها وإلا كان البيع باطلا .

الشـــرح

٣٥٤ـ حكمة المنـع :

الحق المتنازع فيه – كما ذكرنا سلفا– حق محتمل الوجود، وأنه بهذا الوصف يجوز بيعه ، ولكن المشرع أجاز لمن عليـه الحـق المتنازع فيه أن يسترده من مشتريه مقابل أن يرد له ما أنفقه مـن ثمن ومصروفات وفوائد ، منعا للمضاربة وحسما للنزاع ، فالأصل إذا أن بيع الحقوق المتنازع فيها صحيح وأن لمن ينازع فى الحـق أن يسترده .

ولكن إذا كان المشترى من عمال القضاء أو النيابة أو المحامين أو كتبة المحاكم أو المحضرين وكان النظر فى النزاع يـدخل فـى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، فقد خـرج المشرع على الأصل فى صحة بيع الحقوق المتنازع فيهـا وأوقـع البيع باطلا بطلانا مطلقا ، ومن ثم لا يوجد محل للاسـترداد إذ لا

استرداد فى بيع باطل والبطلان يؤسس على مخالفة البيع هنا للنظام العم .

والحكمة فى هذا المنع أن شراء الحق المتنازع فيه هنا قد يدفع المشترى إلى استغلال نفوذه للفصل فى النزاع لمصلحته أو علـى الأقل قد يظن الناس فيه ذلك ، فتتـاح الفـرص لأقاويـل النـاس وشكوكهم فى حسن سير العدالة وحياد القضـاء ونزاهتـه ويقـع القائمون على القضاء وأعوانهم والمحامون فى مواطن الشبهات .

٣٥٥ـ المنع قاصر على شراء الحق المتنازع فيه :

المنع قاصر على شراء الحق المتنازع فيه . أما إذا كان عامل القضاء أو المحامى بائعا لحق متنازعا فيه ، فـالبيع صـحيح لأن البيع يقطع صلة البائع بالحق المتنازع فيه فلا تقوم أية شـبهة فـى حسن سير العدالة(١) .

٣٥٦ـ الأشخاص الـذين يمتنـع عليهـم شـراء الحقـوق المتنازع عليها :

عدد المشرع على سبيل الحصر الأشخاص الذين يمتنع علـيهم شراء الحقوق المتنازع عليها ، وهم كل من يخشى من نفوذه فـى النزاع الذى يحتمل أن يرفع إلى القضاء بشأن الحق المبيع (٢).

---

(١) السنهورى ص ٢١٤ هامش (١) – خميس خضر ص ٣٢٢ ومابعدها .

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى جـ٤ ص ٢٠٥ .

وهؤلاء الأشخاص هم :

١- القضاة :

والمقصود بالقضاة كل من ولى وظيفة القضاء أيا كانت درجته، ويشمل القضاة أيضا مستشارى وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ، وكذلك المحاكم الشرعية والمحاكم الملية قبل إلغائها .

ويذهب الرأى الغالب فقها وقضاء إلى أن التعداد الذى أوردته المادة ٤٧١ قد جاء على سبيل الحصر ، فلا يجوز مد الحظر إلى غير الطوائف المذكورة فى هذه المادة ، وبصفة خاصة لايشُمل الحظر مستشارى الرأى والتشريع فى مجلس الدولة والأعضاء الفنيين بهذين القسمين والأعضاء الفنيين بوزارة العدل ، فكل هؤلاء ليس لهم ولاية القضاء . وكذلك لا يدخل فى هؤلاء أعضاء النيابة الإدارية والأعضاء الفنيون بهيئة قضايا الدولة ، أو المحكمون فهؤلاء لايسمون قضاة [١].

ويستند هذا الرأى إلى أن نص المادة ٤٧١ نص استثنائى وارد على خلاف الأصل ، فلا يجوز مده بطريق القياس ليشمل غير الأشخاص المذكورين فيه .

---

(١) السنهورى ص ٥١٥ وهامش (٣)- منصور مصطفى منصور ص ٢٧٨- أنور سلطان ص ٤١٢ .

غير أن رأيا آخر – نؤيده– يذهب إلى أنه رغم أن الأصل هو عدم القياس على الأحكام الاستثنائية ، فإن هذا القياس لايمتنع بتاتا، بل يجوز العمل به وذلك إذا تحققت حكمة النص الاستثنائى واضحة جلية فى غير الحالات المنصوص عليها ، فحكمة المنع من الشراء التى حظرت على الكتبة والمحضرين شراء الحقوق المتنازع فيها، تتوافر أكثر وضوحا بالنسبة لمفوضى مجلس الدولة وهم ليسوا من القضاه ومن غير المستثاغ إخراجهم من نطاق الحظر لمجرد أن نص المادة ٤٧١ لم يذكرهم صراحة [١].

٢- أعضاء النيابة :

يشمل الحظر أعضاء النيابة أيا كانت درجاتهم .

فيشمل معاون النيابة ومساعد النيابة ووكيل النيابة ورئيس النيابة والمحامى العام والمحامى العام الأول والنائب العام المساعد والنائب العام . .

٣- المحامون :

وهم كل من كان عضوا بنقابة المحامين ولو كان محاميا تحت التمرين .

٤- كتبة المحاكم والمحضرين .

ويشمل كافة كتبة المحاكم أيا كان العمل المسند إليهم كسكرتير الجلسة وكاتب القيودات وكاتب الحسابات .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٦٦ – اسماعيل غانم ص ٦١ .

إلا أن الحظر لايمتد إلى غير هؤلاء ممن يباشرون العمل بالمحاكم كالحجاب والفراشين ونحوهم [١]، والخبراء والمترجمين ووكلاء المحامين وكتبتهم والحراس ورجال الشرطة ومأمورى الضبطية القضائية .

ويمتنع شراء الحق الممنوع ، سواء تم الشراء من رجل القضاء باسمه أو باسم مستعار . فإذا أراد الشخص الممنوع أن يخفى أنه هو المشترى وجاء بشخص آخر ليشترى ويكون المقصود فى الواقع أن الشراء لحساب الشخص الممنوع فيكون العقد باطلاً كما سنرى إذ يعتبر عقد الشراء مشوبا بالصورية النسبية بطريق التستر، وهى صورية تدليسية تقوم على إخفاء بيع متنازع على الحق الوارد عليه لأحد عمال القضاء المحظور عليهم التعامل فيه وراء الأسم المستعار ، وهو ما يعد تحايلا على أحكام القانون ، ويجوز بالتالى إثبات الصورية بكافة الطرق المقدرة قانونا ومنها البينة والقرائن ، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو المتنازع ضده عن الحق وهو خصم البائع [٢].

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى جـ٤ ص ٢٠٥ .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٧٤١ ومابعدها .

٣٥٧ـ وقت ثبوت الصفة :

يجب أن تثبت فى الشخص الممنوع صفته التى اقتضت منعه من الشراء وقت الشراء ، فإذا اشترى شخص حقا متنازعا فيه ثم عين فى وظيفة من الوظائف المذكورة فالعقد صحيح ولا يؤثر فيه التعيين اللاحق ، وكذلك يعتبر العقد صحيحا إذا اشترى بعد أن ترك الوظيفة . وبالعكس فإذا اشترى وهو فى الوظيفة ثم تركها فإن هذا لايؤثر فى بطلان العقد .

ويجب أن يكن الشخص الممنوع عالما بوقوع النزاع فى الحق وقت شرائه وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف مصر فى ٢٥ يونية سنة ١٩٢٤ بأنه إذا تبين وقت تحويل السند أن المحامى لم يكن يعلم بأنه موضوع نزاع ، جاز التحويل له ولا يمكن أن يسب إليه أنه اشترى دينا متنازعا فيه (١).

كما قضت محكمة النقض بأن :

" ... كما يجب علم المحامى بقيام النزاع فى الحق إن كان مجال التطبيق هو نص المادة ٤٧١ ... إلخ " .

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٥)

---

(١) السنهورى ص ٢٠٧ خميس خضر ص ٣٢٦

٣٥٨ـ الحقوق التى يمتنع شراؤها :

الحقوق التى منع المشرع رجـال القضـاء وأعضـاء النيابـة وأعوانهم والمحامين من شرائها هى الحقوق المتنازع فيها كلهـا أو بعضها إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها .

وعلى ذلك يشترط فى الحق الذى يمتنع شـراؤه علـى عمـال القضاء وأعوانهم وأعضاء النيابة والمحامين شرطان :

الشرط الأول :

أن يكون الحق متنازعا فيه كله أو بعضه ، ولم يبين المشـرع هنا متى يكون الحق متنازعا فيه اكتفاء بالبيان الذى ذكره فى الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ فيما يتعلق باسترداد الحقوق المتنازع فيها .

وهو ما يتضح من مذكرة المشروع التمهيدى الـذى بـدأ فـى التعليق على كل النصوص الخاصة ببيع الحقـوق المتنـازع فيهـا بالإشارة إلى معنى الحق المتنازع فيه ، ثم بين خاصيتى هذا الحق وهما جواز الاسترداد ومنع عمال القضاء من الشراء .

وإذن فمعنى الحق المتنازع فيه واحد من حيث تحـريم شـرائه على عمال القضاء والمحامين [١].

(١) خميس خضر ص ٣٢٤ .

فالحق يكون متنازعا فيه بصدد هده المادة إذا كان موضـــوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى [١].

وقد أخذ قضاء الـنقض بهـذا النظـر . فقضـت محكمـة النقض بأن

١- " يشترط فى تحريم شراء المحامى للحق المتنازع فيه- وفقا لما تفيده عبارة المادتين ٤٧١ ، ٤٧٢ من القانون المدنى- أن يكون التنازع على الحق جديا وقائما بالفعل وقت الشراء سواء طرح أمام القضاء أم لم يطرح بعد ، فلا يكفى لإبطال البيع أن يكـون الحـق المبيع قابلا للنزاع أو محتملا النزاع بشأنه أو يقوم عليه نزاع جدى ولكنه يكون قد انتهى وانحسم عند حصول الشراء، كما يجب علـم المحامى بقيام النزاع فى الحق إن كان مجال التطبيـق هـو نـص المادة ٤٧١، أو أن يكون وكيلا فى الحق المتنازع فيــه ويشــتريه ممن وكله فى الدفاع عنه وذلك بصدد إعمال نص المادة ٤٧٢) .

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٥)

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٢٠ السنهورى ص ٢١٤- أنور سلطان ص ٤١٣ - محمد كامـل مرســى ص ٤٦٥- ويـذهب رأى مرجوح إلى أن الحق لايعتبر متنازعا فيه إلا إذا كان مرفوعا فى شــأنه دعوى امام القضاء ولو لم ينازع المدعى عليه فعلا فى موضـوع الحق (محمد فتحى , علوان ص ٢٢٦ منصور مصطفى منصور ص٢٧٩)

٢ - " النص فى المادة ٤٧١ من القانون المدنى على أنه " لايجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا المحامين . أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا كان البيع باطلا " والنص فى الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ من ذلك القانون على أن " يعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى " يدل على تحريم شراء القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وغيرهم من أعوان القضاء الحقوق المتنازع عليها إذا كان النظر فى النزاع بشأنها يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا وقع البيع باطلا بطلانا مطلقا سواء اشتروه بأسمائهم أو باسم مستعار ويعتبر الحق المبيع متنازعا عليه فى حالتين الأولى إذا رفعت به دعوى كانت مطروحة على القضاء ولم يفصل فيها بحكم نهائى وقت البيع والثانية أن يقوم فى شأن الحق المبيع نزاع جدى ويستوى أن يكون النزاع منصبا على أصل الحق أو انقضائه ، وأن فصل محكمة الموضوع فى كون الوقائع التى أثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه خاضع لرقابة محكمة النقض باعتباره مسألة قانونية تتعلق بتوافر الأركان القانونية لحكم الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ من القانون المدنى آنفة البيان " .

(طعن رقم ١٦٩٢ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٠)

٣- " يشترط فى تحريم شراء المحامى للحق المتنازع فيه وفقا لما تفيده عبارات هاتين المادتين- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون التنازع على الحق جدياً وقائماً بالفعل وقت الشراء سواء طرح أمام القضاء أو لم يطرح بعد ، فلا يكفى لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلاً للنزاع أو محتملاً للنزاع بشأنه ، أو يقوم عليه نزاع جدى ولكنه يكون قد انتهى وانحسم عند حصول الشراء ، كما يجب علم المحامى بقيام النزاع فى الحق إن كان مجال التطبيق هو نص المادة ٤٧١ من القانون المدنى أو أن يكون وكيلا فى الحق المتنازع فيه ويشتريه ممن وكله فى الدفاع عنه وذلك بصدد إعمال نص المادة ٤٧٢ منه ".

(طعن رقم ٣٢٧٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٥)

الشرط الثانى :

أن يكون النظر فى النزاع داخلا فى اختصاص المحكمة التى يباشر فى دائرتها الأشخاص الممنوعون أعمالهم :

ففيما يتعلق بقضاة المحاكم الجزئية يرى بعض أن الشراح أنه يمتنع عليهم شراء الحقوق التى يكون النظر فى النزاع عليها داخلا فى اختصاص المحكمة الجزئية التى يعملون بها دون المحاكم الجزئية الأخرى ولو كانت تابعة لنفس المحكمة الابتدائية [1].

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٢٣- أنور سلطان ص ٤١٢ - السنهورى ص ٢١٥ .

غير أن محكمة استئناف مصر قضت بتاريخ ١٣ يونيو سنة ١٩٣٣ ويساندها بعض الفقهاء بأن وكلاء النيابة بالمحاكم الجزئية يعتبرون في حكم من يؤدون وظائفهم في دائرة المحكمة الكلية كلها لأن المحاكم الجزئية ليست محاكم مستقلة بذاتها بل هي محاكم متفرعة من المحاكم الكليه الرئيسية ووكلاء النيابه والقضاة معينون أصلا في المحاكم الكلية ثم يندبون للعمل في الجزئيات [١].

وهذا الرأى الأخير هو ما نرى الأخذ به .

أما قاضي المحكمة الابتدائي فيمتد اختصاصه إلى دائرة مُحكمته بما في ذلك اختصاص المحاكم الجزئية التابعة لمحكمته ، حتى لو كان النزاع يدخل في الاختصاص النهائي للمحكمة الجزئية ، لأن مجرد احتمال رفع استئناف ولو غير مقبول يكفي لإلقاء ظل من الشبهة [٢]

أما رجال القضاء في محاكم الاستئناف فيحرم عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها الداخلة في اختصاص المحكمة التابعين لها دون التي تدخل في اختصاص محكمة أخرى . ويكفي أن يكون الاختصاص بنظر الحق لأية محكمة أو في محكمة الاستئناف حتى

---

(١) من هذا الرأى خميس خضر ص ٣٢٤ ومابعدها المستشار أنور العمروسي ص ٩٠

(٢) السنهوري ص ٠ ٠ أنور سلطان ص ٤ .

يحرم على رجال القضاء فى محكمة الاستئناف شراؤه ولو كان الحكم الذى يصدر فى النزاع مما لايجوز استئنافه .

أما مستشارو محكمة النقض وأعضاء نيابة النقض ، فيمتنع عليهم شراء أى حق متنازع فيه لأن اختصاص محكمة النقض يمتد إلى جميع أنحاء البلاد .

وبالنسبة لأعضاء النيابة فيسرى عليهم ما ذكرناه بالنسبة لقضاء المحاكم الجزئية وقضاء المحاكم الابتدائية بحسب الأحوال، أما النائب العام فلا يجوز له شراء الحق المتنازع له فى كافة أنحاء الجمهورية لأن اختصاصه عام يشمل جمهورية مصر العربية .

أما بالنسبة لكتبة المحاكم والمحضرين ، فالحظر يشمل الحقوق التى يدخل نظر النزاع فيها فى دائرة اختصاص المحكمة التى يعملون بها سواء كانت محكمة جزئية أو محكمة ابتدائية أو محكمة استئناف أو محكمة النقض .

وبالنسبة للمحامين فيراعى أن المحامى لايتقيد بالمرافعة أمام محكمة معينة بل يتقيد بالمرافعة بدرجة من درجات المحاكم . فالمحامى المقيد للمرافعة أمام المحاكم الجزئية يمتنع عليه شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع يدخل فى اختصاص أية محكمة جزئية فى البلاد . والمحامى المقيد للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية يمتنع عليه شراء أى حق متنازع فيه لأنه يجوز له مباشرة عمله أمام جميع المحاكم الابتدائية .

وهده المحاكم فى مجموعها يشمل اختصاصها جميـــع أنحـــاء البلاد . وكذلك الحال بالنسبة للمحامين المقيـدين للمرافعــة أمـــام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض إد يمتنع عليهم شراء أى حـــق متنازع فيه [١].

(١) عبد الرزاق السنهورى ص ١٢٦- أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٢٥ هامش (١) – حميس خضر ص ٣٢٥- ولما كان يترتـب علـــى الأخذ بهذا الرأى حرمان المحامى المقيد أمام محكمة الاستئناف من شراء الحقوق المتنازع فيها أمام جميع محاكم الاستئناف والمحاكم التابعة لها أى فى جميع أنحاء البلاد ، كما يترتب عليه حرمان المحامى المقيد أمام محكمة النقض من شراء الحقوق المتنازع عليها فى كافة أنحاء الـبلاد ، فقد دهب بعض الشراح إلى التخفيف من حدة هذا الرأى وقصر المنـــع على حالة ما إذا كان المشترى محاميا عن أحد المتنازعين فقط (فتحى رغلول ص ٢٢٦) .
كما ذهب البعض الآخر إلى رأى وسط وقـال بمنـــع شـراء الحقـــوق المتنازع فيها أمام المحاكم التى يترافع منها المحامى فى الواقع بصـــفة مستمرة (حلمى عيسى بند ٩٠٢ مشار إليه فى مؤلـف أحمـد نجيـب الهلالى وحامد زكى ص ٢٢٥ هامش(١) – محمد لبيب شنب ص ٢٦٧ ص ٢٦٧ ومابعدها اسماعيل غانم ص ٦٣ ومابعدها - ولكن هذا التقييد لا سند له من القانون (أحمد نجيب الهلالـــى وحامـد زكـــى ص ٢٢٥ هامش (١) - منصور مصطفى منصور ص ٢٨١)

٣٥٩- جواز استرداد القضاة وأعوانهم وأعضاء النيابة والمحامين للحقوق المتنازع فيها :

إذا ادعى شخص أنه يداين أحد القضاة أو أعوانهم أو أحد أعضاء النيابة أو المحامين بدين ما وكان الأخير ينازع فى وجود هذا الدين، ثم باع المدعى الحق الذى يدعيه إلى الغير ، فإنه يجوز له استرداد الحق المتنازع فيه ولو كان يدخل فى دائرة اختصاصه ، فهو لم يشتر الحق بل استرده لإبراء ذمته منه وحسم النزاع ، واسترداد الحق لإبراء الذمة غير شرائه للمضاربة [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وحكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل فى حكم هذا البيع من حيث تحريمه على عمال القضاء .

فإذا باع الدائن حقا متنازعا فيه لأحد عمال القضاء ، كان البيع باطلا بطلانا مطلقا كما تقدم ولا يكون للمدين فى هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بدفع الثمن والمصروفات والفوائد . أما العكس فجائز ، ويكون لعامل القضاء الذى ينازع فى دين أن يتخلص منه إذا باعه الدائن " [٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٦٧ وهامش (٢) - مصطفى منصور مصطفى ص ٢٨٣ - أنور سلطان ص ٢١٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٠٥ .

٣٦٠ـ جـزاء مخالفة الحظر :

نصت المادة على جزاء مخالفة هذا الحظـــر صـــراحة وهــو البطلان . وهو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام . ويتمسك به كل ذى مصلحة بما فى ذلك البائع نفسه والمنازع فى الحق ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

ويترتب على ذلك أنه لايجوز للمدين بالحق المتنـــازع فيـــه أن يسترد الحق فى هذا البيع ، ولكن يكون للمشترى أن يسترد ما دفعه ثمنا للحق ، ويبقى الحق ملكا لصاحبه الأصلى [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ذكر المشروع أن جزاء المنع هو البطلان المطلق ، ويتمسك به كل ذى مصلحة ، ويدخـــل فى ذلك البائع نفسه والمنـــازع فـــى الحق "[٢].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" مفاد النص فى المادتين ٤٧١ ، ٤٧٢ من القـــانون المـــدنى- وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية – أن جزاء حظر بيـــع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء والمحامين هو البطلان المطلق الذى يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام ".

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٥)

---

(١) السنهورى ص ٢١٧ ومابعدها – أنور سلطان ص ٤١٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٤ ص ٢٠٥ .

٢- " مفاد النص فى المادتين ٤٧١، ٤٧٢ من القانون المدنى- وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضــاحية - أن جــزاء مخالفــة حظر بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضــاء والمحــامين هــو البطلان المطلق الذى يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام " .

(طعن رقم ٣٢٧٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٥)

مـــادة (٤٧٢)

لايجوز للمحامين أن يتعاملوا مـــع مـــوكليهم فـــى الحقـــوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكـــان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا .

الشـــــرح

٣٦١ـ عدم جواز تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه :

رأينا فى شرح المادة السابقة أن المحامين من الأشخاص الذين يمتنع عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها عملا بالمـــادة المـــذكورة (م٤٧١) .

ولكن المشرع لم يكتف بهذا النص بالنسبة للمحامين بل نص فى المادة (٤٧٢) على أنه لايجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الـــدفاع عنهـــا سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان البيع باطلا.

ويلاحظ أن نص المادة (٤٧١) مدنى كان يكفى وحـــده لمنـــع شراء المحامى حقا متنازعا فيه لموكله ، بل إن نص المـــادة ٤٧١ أوسع نطاقا من ذلك إذ يحرم على المحامى أن يشـــترى أى حـــق متنازع فيه فى كل الأحوال التى يكون فيها للمحامى حق المرافعـــة أمام طبقة المحكمة التى يدخل نظر النزاع فى دائـــرة اختصاصـــها

ولو لم يكن وكيلا عن صاحب الحق . أما نص المادة ٤٧٢ فهو أضيق نطاقا من نص المادة ٤٧١ لأنه خاص بتعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذى يتولى الدفاع عنه . ولكن إذا كان نص المادة ٤٧٢ أضيق نطاقا من نص المادة ٤٧١ من هذه الناحية ، فهو أوسع نطاقا منه من ناحية أخرى . ذلك أن نص المادة ٤٧٢ يمنع تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه بكافة صور التعامل ، فلايقتصر على تحريم شراء الحق المتنازع فيه ، وعلى ذلك لايجوز للمحامى الموكل فى الدفاع عن الحق المتنازع فيه تطبيقا للمادتين ٤٧١ ، ٤٧٢ مدنى شراء هذا الحق وإلا كان البيع باطلا . ولا يجوز له وفقا لنص المادة ٤٧٢ أن يشترك فى هذا الحق ، ولا الاتفاق على أن تكون أتعابه حصة فيه ولا أن يقوم بالاتفاق على الدعوى فى مقابل حصة فيه . وإذا كان النزاع يدور حول ملكية شئ أو الانتفاع به فلا يجوز للمحامى أن يستأجر هذا الشئ سواء اتفق على أن تبدأ الإجارة فورا أو عند كسب الدعوى . فكل تصرف من هذا يعتبر باطلا بطلانا مطلقا .

والحكمة من بطلان هذه الاتفاقات أن المحامى قد يوهم موكله بضعف مركزه فى الدعوى ويتوصل بذلك إلى الحصول على شروط فى غير صالح موكله . ولهذا فإذا صدر الحكم وانتهى

النزاع فليس هناك ما يمنع المحامى أن يتعامل مع موكلــه بشــأن الحق الذى كان محلا للنزاع أيا كانت صورة التعامل [١].

وإذا وقع اتفاق المحامى مع موكله باطلا بسبب هذا التحــريم ، فلا يمنع ذلك المحامى من أن يطلب إلى المحكمــة تقــدير أتعابــه بصرف النظر عن الاتفاق الباطل ويرجع المحامى علــى الموكــل بهذه الأتعاب وبما يكون قد أنفقه على الدعوى .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" لئن كان النص فى المادة ٤٧٢ من القانون المدنى على أنــه "لايجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأســمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا " إلا أنه لا يوجد ما يمنع إذا انتهى النزاع فى الحق أن يتعامل المحامى فيه مع موكله إن أصبح الحق غير متنازع فيه " .

(طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/٦/١٢)

ويستوى أن يكون تعامل المحامى مع موكله باسمه هو أو باسم مستعار كزوجة أو ولد أو قريب أو صديق .

---

(١) خميس خضر ص ٣٢٨- منصور مصطفى منصور ص ٢٨٥- أنور سلطان ص ٤١٥ وما بعدها – المستشار أنور العمروسى فى البيــوع الباطلة فى القانون المدنى ٢٠٠٣-٢٠٠٤ ص ١٨٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" زاد المشروع بأن ذكر تطبيقا خاصا لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء ، وهو التطبيق الكثير الوقوع فى العمل ، وهو تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذى تولى الدفاع عنه pacte de qu ot a litis سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره، وسواء تعامل المحامى باسمه أم باسم مستعار (م٦٣٨ من المشروع، وهى منقولة عن المشروع الفرنسى الإيطالى م ٣٣٣ فقرة ثالثة ولانظير لها فى التقنين الحالى) ويلاحظ أنه يجوز بعد انتهاء النزاع أن يتعامل الموكل مع المحامى فى الحق الذى كان متنازعا فيه "(١).

٣٦٢- شروط انطباق النص :

يشترط لانطباق نص المادة ٤٧٢ توافر شرطين :

الأول : وجود وكالة بين المحامى والخصم ، سواء كانت صريحة أو ضمنية يتوافر بها الصفة فى الدفاع عن الحق ، سواء كانت وكالة خاصة أو عامة ، فإن كانت خاصة وتتعلق بحق آخر، فلا يسرى هذا النظر ، لكن إذا حضر الأصيل بالجلسة ولم يعترض على دفاع المحامى ، قامت الوكالة التى يتوافر معها الحظر رغم عدم وجود سند لها . فإن وجدت وكالة خاصة غير متعلقة بالحق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٠٥ .

المتنازع فيه ، فلا يسرى الحظر ، وينحصر الحظر فـى النيابـة الاتفاقية كالوكالة فلا يمتد إلى النيابة القانونية أو القضائية ، إذ حدد القانون نطاق كل منها[١] .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" تحظر المادة ٤٧٢ من القانون المدنى على المحامين التعامـل مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الـذين يتولـون الدفاع عنها سواء كان التعامل باسمهم أو باسم مسـتعار وإلا كـان العقد باطلا . فإذا كان الثابت من عقد البيع أن الطاعن قد اشـترى العقار المبين فيه بصفته وليا طبيعا على ولديه القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة فلا يكون العقد باطلا إلا إذا ثبت أنهما كانا اسما مستعارا لوالدهما الطاعن الأول. فـإذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذى أيده الحكم المطعون فيه لم يبين ما إذا كان اسـم المشـتريين مستعارا من عدمه ، وكان ذلك دفاعا جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الدفاع وقضى بالبطلان دون التثبت من أن المشتريين كانا اسمهما مستعارا للطاعن يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٣٦٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/١٩)

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٧٤٥ .

الثانى : أن تنصرف الوكالة إلى الدفاع عن الحق المتنازع فيه ، سواء باشر المحامى هذا الدفاع أو لم يباشره، فإذا انصرفت إلى الدفاع عن حق آخر ، فلا يسرى الحظر [١].

والجزاء على مخالفة الحظر الوارد بالمادة هو ذات الجزاء المقرر على مخالفة أحكام المادة السابقة وهو البطلان المطلق .

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٧٤٥ ومابعدها .

بيع التركة :

مادة (٤٧٣)

من باع تركة ، دون أن يفصل مشتملاتها ، لايضمن إلا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك .

الشرح

٣٦٢ـ المقصود ببيع التركة :

لايقصد ببيع التركة بيع الاستحقاق فى تركة مستقبلة ، فذلك باطل بنص القانون .

وإنما المقصود من بيع التركة هو بيع الوارث نصيبه فى التركة بعد وفاة المورث جزافا ، أى بيعه جميع ما تلقاه من المورث من الحقوق إجمالا وبدون تفصيل لمشتملات التركة .

أما إذا باع الوارث عينا معينة مما ورثه أو حقا من الحقوق التى تلقاها من المورث فلا يعد بيعه بيعا لاستحقاقه فى التركة ، بل يعتبر بيعا عاديا أو حوالة عادية تنطبق عليهما الأحكام العامة للبيع والحوالة لا الأحكام الخاصة ببيع التركة [١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٦٠٠ – سليمان مرقس ص ٥٤٧ ومابعدها .

وبيع التركة بهذا المعنى يتميز بالخصائص الآتية :

١- أنه بيع احتمالى ، ذلك أن المشترى وإن عرف وقت إبرام العقد قيمة ما يدفعه من الثمن المتفق عليه ، إلا أنه لا يعرف قيمة ما يأخذ على وجه التأكيد لعدم تعيين الحقوق التى يشملها البيع [١].

٢- أن المبيع فى هذا البيع يتعين فقط بأنه كل أو حصة معينة مما آل الى البائع من تركة مورثه ، دون تحديد آخر ، وعلى ذلك فإذا ورد البيع على حق معين بذاته من الحقوق التى آلت للبائع بالإرث ، أو حتى على جميع الحقوق التى ورثها البائع مع تعيين كل منها ، فإن البيع لايعتبر واردا على تركة .

٣- أنه لاينعقد إلا بعد وفاة المورث وافتتاح تركته ، لأنه لو انعقد قبل هذه الوفاة ، لكان بيعا لتركة مستقبلة ، وبالتالى لكان باطلا طبقا للمادة ١٣١/٢ التى تقرر أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه .

٤- بيع التركة قد يتم لأجنبى عنها ، وقد يتم لصالح وارث آخر ويسمى فى هذه الحالة تخارجا كما سنرى .

ويخضع بيع التركة فى انعقاده للقواعد العامة فى انعقاد البيع، فلا يتميز بأحكام خاصة ، أما الآثار المترتبة على هذا البيع ، فهى

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٦٢١ - منصور مصطفى منصور ص ٢٨٦ - محمد لبيب شنب ص ٢٨٩ .

وإن اتفقت بوجه عام مع الآثار التى يرتبها البيع العـــادى ، فإنهـــا تأخذ لونا خاصا يتفق مع طبيعة المبيع وهو كونه تركة أو حصـــة فى تركة [١].

٣٦٤ـ الفرق بين بيع التركة والتخارج :

ينحصر الفرق بين بيع التركة والتخارج ، فى أن بيع التركة قد يكون لوارث وقد يكون لأجنبى عن التركة ، أما التخارج المعروف فى الشريعة الإسلامية والذى قننه قانون المواريث رقم ٧٧ لســـنة ١٩٤٣ فهو بيع التركة لأحد الورثة ، فهو تصـــالح الورثـــة علـــى إخراج بعضهم من الميراث على شئ معلوم .

وفى هذا تنص المادة ٤٨ من القانون المذكور على أن :

"التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخـــراج بعضـــهم مـــن الميراث على شئ معلوم . فإذا تخارج أحد الورثة مع أحـــد مـــنهم استحق نصيبه وحل محله فى التركة ، وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصـــيبه بيـــنهم بنســـبة أنصبائهم فيها ، وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص فـــى عقـــد التخارج على طريقة قسمه نصيب الخارج قســـم علـــيهم بالســـوية بينهم".

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٩٠ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بيع الوارث نصيبه من التركة هو بيع لمجموع من المال ، بما يشتمل عليه من حقوق وديون ، وهو أعم من التخارج المعروف فى الشريعة الإسلامية ، فإن التخارج مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقى الورثة ، أما هذا البيع فقد يكون لوارث أو لغير وارث . ونقل المشروع نصوصه فى هذا الموضوع من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهى نصوص أكثر وضوحا وتفصيلا من النص الذى اشتمل عليه التقنين الحالى (م٣٥٠/٤٣٨)" [(١)].

والشئ الذى يؤدى مقابلا للتخارج قد يكون من التركة أو من غيرها .

والتخارج جائز عند التراضى لأنه عقد ومتى تم التراضى يخرج المتنازل عن نصيبه من التركة .

ويصح أن يكون التنازل إلى واحد أو أكثر من الورثة .

ولايهم أن كان موضوعه عقارا أو منقولا . وكذلك لايهم إن كان الشئ الذى أعطى فى مقابلته أقل أو أكثر قيمة منه .

وليس من اللازم أن تكون أعيان التركة معلومة للمتعاقدين ومعينة فى العقد [(٢)].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٠٧ ومابعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٧٤ ومابعدها .

ويقع التخارج على نصيب الوارث فى التركة جزافا ، أى على جميع ما يستحقه ، ويحل التخارج معه فى حقوقه والتزاماته .

فيتميز عقد التخارج بصفته الاحتمالية حيث يقبل المتنازل له أن يحتمل كل المخاطر المحتملة وما يظهر على التركة من التكاليف التى تثقلها . ولذلك لا يمكن الطعن فيه لمجرد عدم التعادل بين قيمة الحصة المتنازل عنها وقيمة الشئ المعطى فى مقابلها .

ولكن عقد التخارج ككل عقد يمكن إبطاله ، إذا شاب الرضا فيه غلط أو إكراه أو تدليس .

ولايترتب على العقد قسمة أموال التركة ، بل إن نتيجته الضرورية انتقال حقوق وارث إلى آخر إلى مجموع من الورثة . ويحل من انتقل إليهم الحق عند القسمة محل التنازل ، وتوزع التركة كما لو لم يكن هناك تنازل[1].

وإذا تم التخارج فإنه لا يقبل العدول عنه . ويجب لانتقال الملكية سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير تسجيل عقد التخارج إذا كان يشمل عقارا .

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٧٧ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إنه وإن كان حكم الشريعة يقضى ببطلان التخارج إذا كان للتركة ديون على الغير إلا أن القانون المدنى لم يأخذ بذلك فإنه قد نص صراحة فى المادة ٣٢٠ (مدنى قديم) على أن بيع الاستحقاق فى التركة أو (التخارج) يشتمل حتما على بيع مالها من الدين ".

(طعن رقم ٤١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١٢/١٤)

٢- " إذا كانت المحكمة قد استخلصت مما أوردته فى حكمها من القرائن التى استنبطتها من الوقائع الثابتة فى الدعوى أن عقد التخارج الصادر من الجدة لأحفادها المذكور فيه أن التخارج كان مقابل عوض قبضته من عمهم لم يكن فى حقيقته إلا هبة لم يقبض عنها أى عوض ، مؤيدة ذلك بخلو العقد المذكور من التزام الأحفاد بوفاء ذلك العوض إلى عمهم الذى لم يكن له شأن فى هذا العقد ، فذلك مما يدخل فى حدود سلطتها ولا معقب لمحكمة النقض عليها فيه مادام تحصيلها إياه من الواقع سائغا . إذ قاضى الدعوى من حقه أن يؤول المشارطات بما يكون متفقا مع ما قصده المتعاقدون غير متقيد بألفاظها وعباراتها . وإذن فقد كان للمحكمة ، وقد تبينت أن التصرف لم يكن إلا هبة ، أن تستظهر المقصود من الإقرار بقبض مقابل التخارج مسترشدة بظروف الدعوى وملابساتها بما فيها من قرائن ولو لم يكن هناك دليل كتابى ".

(طعن رقم ٢٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/١/١٥)

٣٦٥- مدى التزام بائع التركة بالضمان :

للضمان فى بيع التركة حكم خاص ، يبرره أن هذا البيع هو من بيوع المضاربة والضرر ، ولذلك نصت المادة على أن من باع تركة دون أن **يفصل مشتملاتها ، لايضمن إلا ثبوت وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك .**

فالبائع لا يضمن للمشترى سوى أمور ثلاثة هى :

١- وجود تركة مفتوحة أى بعد وفاة المورث .

٢- ثبوت صفته كوارث . فإذا تبين أنه غير وارث ، كان بيعه واردا على ملك الغير ، وبالتالى كان قابلا للإبطال لمصلحة المشترى ، وكان للمشترى فضلا عن الرجوع عليه بدعوى إبطال بيع ملك الغير ، أن يرجع عليه بضمان استحقاق المبيع .

ويلاحظ أنه إذا كانت صفة البائع كوارث متنازعا فيها ، وبيعت التركة على هذا الأساس ، فإن البيع يعتبر بيعا لحق متنازع فيه ، فلا يضمن البائع فى هذه الحالة حتى صفته كوارث [1].

٣- أن نصيبه فى التركة هو النصيب المبين فى العقد :

فإذا ذكر فى العقد أن البائع قد ورث نصف التركة وأنه قد باع نصيبه كله ، ثم تبين أنه قد ورث الربع فقط ، فإنه يضمن هذا الاستحقاق الجزئى [2].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٩٥ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٢٨٩- محمد لبيب شنب ص ٢٩٥- وعلى ذلك السنهورى ص ٢٤٨ فيذهب إلى أنه إذا تبين أن حصة

وفيما عدا الأمور الثلاثة السابقة لا يضمن البائع للمشترى شيئا، فهو لا يضمن وجود حق معين فى حصته من التركة ، ولا يسار المدينين بدين للتركة ، ولا استحقاق عقار أو منقول معين . ذلك أن البيع حصل دون بيان مشتملات التركة أى حصل جزافا [1].

وذلك ما لم يتفق صراحة أو ضمنا على دخول عين معينة في البيع ، فيكون البائع ضامنا لدخولها، ويستفاد الاتفاق الضمنى على ضمان دخول مال معين ضمن التركة المبيعة من ذكر هذا المال فى العقد [2].

ولا يضمن البائع قيمة الحقوق التى شملها بيع التركة ، ويترتب على ذلك أنه لا يضمن العيوب الخفية التى قد توجد في أعيان التركة ، لأن أثر وجود هذه العيوب هو الانقاص من قيمة التركة[3].

الوارث هى الربع لا الثلث فإن المشترى لا يرجع على البائع بالضمان ما لم يكن هناك غلط جوهرى فى قيمة المبيع ، لأن البيع هنا عقد احتمالى وقد أقدم المشترى عليه بعد البحث والتمحيص ، فهو الذى يجنى الكسب ويتحمل الخسارة .

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٦٠٤ – محمد كامل مرسى ص ٤٧٠ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٢٩٦ .

(٣) السنهورى ص ٢٤٨ – محمد لبيب شنب ص ٢٩٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويتبين من المادة ٦٣٩ من المشروع أن هذا البيـع ينطـوى على شئ من الاحتمال والمقامرة . فإن البائع لايضـمن إلا ثبـوت وراثته . أما ما يشتمل عليه نصيبه فى الميراث من حقوق وديـون فلا يضمن منها شيئا . ولا نظير لهذا النص فى التقنين الحالى "[1].

على أن أحكام ضمان البائع سالفة الذكر، لاتتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، سواء بتشـديد الضـمان ، كإلزام البائع بضمان دخول حق معين بالذات ضمن التركة المُبيعة، أو بضمان قيمة معينة له للحصة إذا نزلت عنها دفع الوارث الفرق للمشترى .

وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيا ، كأن يفصل المشترى مشـتملات الحصة التى يشتريها ، فيذكر أنها تشتمل علـى كـذا وكـذا مـن العقارات والمنقولات والحقوق والأموال الأخرى . فكل مـا ذكـر يكون الوارث ضامنا لدخوله فى الحصة المبيعة ، وإذا لـم يـدخل لأى سبب رجع المشترى على الوارث بضمان الاستحقاق . بل قـد يرجع أيضا بضمان العيب ، إذا اشترط ذلك .

كما يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان باشتراط الوارث علـى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٠٨ .

المشترى مثلا بأنه لايضمن وجود ورثة آخرين معـــه ، أيـــا كـــان عددهم ومهما بلغ مقدار حصصهم [١].

أو يبيع الوارث مجرد دعواه باستحقاقه فى التركة .

كما يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان بأن يشترط فـــى العقـــد على المشترى أنه اشترى ساقط الخيار بلا ضمان .

ويشترط الشراح لصحة إسقاط الضمان ألا يكون مبنيـــا علـــى غش ، كما لو كان البائع يعلم علم اليقين وقت البيع أنه لا استحقاق له فى التركة على الإطلاق ، وفى هذه الحالـــة يكـــون للمشـــترى الرجوع عليه بالتعويض [٢].

٣٦٦ـ ضمان التعرض والاستحقاق :

يضمن البائع فضلا عما تقدم فعله الشخصى فهو ضامن عـــدم تعرضه للمشترى بعد البيع ، وضامن الاستحقاق الذى قد يقع بناء على حق رتبه هو للغير ، قبل أن يكون البيع نافذا فى مواجهة هذا الغير ، كالرهون التى يكون قد قررها ، أو النزول عن حـــق مـــن التركة للغير [٣].

---

(١) السنهورى ص ٢٤٩ – محمد كامل مرسى ص ٤٧٠ .

(٢) أنور سلطان ص ٤٢٠ – محمد كامل مرسى ص ٤٧١.

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٦٠٤ ومابعدها – أنـــور ســـلطان ص ٤١٩ ومابعدها .

مادة (٤٧٤)

إذا بيعت تركة فلا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا استوفى المشترى الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة ، فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضا أن تستوفى هذه الإجراءات .

الشـــرح

٣٦٧- إجراءات بيع التركة :

بيع التركة – كما قدمنا– عقد يتم بمجرد التراضى، ومع أن بيع التركة يعتبر بيعا لمجموعة من الأموال . إلا أن المشرع استوجب فى المادة (٤٧٤) اتخاذ كل الإجراءات اللازمة لنقل كل حق من مشتملات التركة سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير .

وبناء على ذلك إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية أصلية كان من الواجب تسجيل عقد البيع ، حتى تنتقل الملكية إلى المشترى فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير [١].

وقد رأينا أن قانون تنظيم الشهر العقارى لايجيز شهر تصرف الوارث إلا بعد شهر حق الإرث . وهذا الحكم ينطبق ليس فقط فى حالة بيع حق عينى عقارى بالذات بل وفى حالة بيع الاستحقاق فى التركة أيضا.

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٧١ – عبد الودود يحيى ص ١٩٧ .

أما بالنسبة للمنقولات المادية فإن الملكية تنتقل فيها بمجرد التعاقد .

ويعلل الفقه هذا بأن فكرة المجموعة المستقلة عن عناصرها لا محل لها هنا . فالبائع فى بيع التركة لايبيع " مجموعة " وإنما هو يبيع أموالا ، عقارات ومنقولات وحقوقا شخصية ، كل ما فى الأمر هو أن المبيع قد تحدد بأنه " ما آل إلى البائع فى تركة مورثه " وهذه الطريقة الخاصة فى تعيين المبيع ، لا يقتضى أن يخضع انتقال الأموال التى تشتمل عليها التركة إلى مشتريها لقواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة . فإذا كانت التركة تشتمل على حق يتطلب القانون لانتقاله فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير ، اتباع إجراءات معينة فإنه يتعين اتباع تلك الإجراءات ، ولن يعفى من اتباعها مجرد أن البيع لم يرد على ذلك الحق مفرده وإنما باعتباره عنصرا من العناصر التى تشتمل عليها التركة [1].

وإذا اشتملت التركة على حقوق شخصية ، وجب حتى يكون البيع نافذا فى حق الغير وعلى الخصوص المدينين بها ، أن يعلن هؤلاء بالبيع أو يقبلوه . فإن كان نفاذه قبل الغير بقبول المدين وجب أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ [2].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٣٦ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٦٠١ – محمد لبيب شنب ص ٢٩٢ ومابعدها – خميس خضر ص ٣٣٢ – اسماعيل غانم ص ٢٣٦ .

ويذهب بعض الشراح إلى أنه إذا كانت التركة مدينه فيجب أن يقر دائنوها البيع لما هو مقرر من أن حوالة الدين لا تنفذ فى حق الدائن إلا إذا أقرها [١].

بينما يذهب رأى آخر إلى أن بيع الاستحقاق فى التركة لايترتب عليه نقل ديون التركة من ذمة الوارث البائع إلى ذمة المشترى ، إذ أن ديون التركة لا تسأل عنها ذمة الوارث ، بل إن المسئول عنها هو التركة ، ولهذا فإن بيع الاستحقاق لا يؤثر على مركز دائنيها ، ويقتصر أثره على نقل الحقوق الخالصة بعد تصفية الديون ، طبقا لما هو مقرر فى التشريع المصرى من أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون [٢].

ويلاحظ أنه لايترتب على انتقال التركة إلى المشترى إذا بيعت كلها ، أن يحل المشترى محل البائع فى صفته كوارث ، فصفة الوارثة من النظام العام لايجوز أن تكون محلا لاتفاقات الأفراد، وبناء على ذلك يظل البائع محتفظا بصفته كوارث بالرغم من انتقال التركة[٣] .ويترتب على ذلك أنه لو كانت هناك مثلا هبات ممنوحة ،

---

(١) أنور سلطان ص ٤٢٣.

(٢) عبد المنعم البداروى ص ٦٠٢ .

(٣) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢١٣ فقد جاء بها : " بقى تحديد علاقة المشترى بالبائع (وعلاقته

أو أعيان موقوفة ، أو عقود تأمين معقودة لصالح الوارث بصفة أنه وارث فلان ، فإن هذه الحقوق تكون للوارث ، ولا تكون لمشترى التركة ، لأنها لم تكن ضمن ما تركه لورثته .

بالغير) ، ففى العلاقة ما بين المشترى والبائع ، ينقل البيع ملكية مجموعة من المال ، هى نصيب الوارث فى التركة إلى المشترى ولكن لاتثبت صفة الوارث للمشترى بهذا البيع ... الخ " – راجع أيضا السنهورى ص ٢٤٣ هامش (٢) محمد لبيب شنب ص ٢٩٣ .

مادة (٤٧٥)

إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئا مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد .

الشرح

٣٦٨- التزام الوارث بتسليم التركة :

يلتزم الوارث البائع أن يسلم المشترى جميع ما تشتمل عليه التركة من عقارات ومنقولات وحقوق أى يلتزم بتسليمه جميع ما آل إليه بالميراث .

ويخضع تسليم التركة للأحكام العامة فى تسليم المبيع ، وخاصة فيما يتعلق بالحالة التى يجب تسليمه عليها ، فيجب تسليم أموال التركة إلى المشترى على الحالة التى تكون عليها وقت إبرام البيع (م٤٣١) ، ولو اختلفت عن الحالة التى كانت عليها هذه الأموال وقت وفاة المورث وافتتاح التركة ، فإذا كان الوارث قد أدخل تحسينات أو قام بإصلاحات على أعيان التركة ، فإنه يلتزم أن يسلم هذه الأعيان مع تحسيناتها إلى المشترى ، لأنه لابد وأن يكون قد راعى قيمتها عند تحديد الثمن .

كذلك إذا كانت عين من أعيان التركة أصابها تلف أو خلل ولو بخطأ من الوارث البائع ، فإنه يلتزم بتسليمها على ما هى عليه من

تلف أو خلل ، لأن المشترى لابد أن يكون قد راعى وجـود هـذا التلف أو الخلل عند تحديد الثمن (١).

وإذا كان حق من حقوق التركة.قد انقضى باتحاد الذمة بسـبب الميراث فإن هذا الحق بعد أن باع الوارث حصته يعود إلى الوجود وينتقل إلى المشترى سواء كان الحق شخصيا أو عينيـا . ولكـن الكفالة الشخصية أو العينية التى انقضت باتحاد الذمة لاتعود ، حتى لايضار الكفيل وهو من الغير ، وهذا بخلاف الرهن الـذى يكـون الوارث المدين نفسه قد قدمه فإنه يعود مع الدين ، مـع الاحتفـاظ بحقوق الغير التى ثبتت على العين المرهونة (٢).

٣٦٩ـ رد ما استوفاه البائع :

إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون وجب رد ما استوفاه إلى المشترى . وإذا باع شيئا من مشتملات التركة دخل الثمن فيما يجب عليه أن يعطيه للمشترى ، وكذلك إذا استهلك شيئا من التركة وجب عليه رد ثمنه إلى المشترى .

ويجب على البائع أيضا أن يرد للمشترى ما استولى عليه مـن ثمار أموال التركة من وقت وفاة المورث كل هذا مـا لـم يتفـق صراحة عند البيع على عدم رده .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٩٤ – أنور سـلطان ص ٤٣٥ – السـنهورى ص ٢٤٥ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٢٤٦ .

وإذا كان بعض هذه الأموال قد هلك واستحق عن هلاكه تعويض أو تأمين ، وجب على البائع رد ما حصل عليه [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... والمفروض أن الوارث قد باع كل نصيبه في التركة ، فإذا كان قد قبض غلة بعض الأعيان أو استوفى بعض ديون التركة أو باع شيئا مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد كل ذلك للمشترى ... الخ "[٢].

٢٧٠ـ مالا يلتزم البائع بتسليمه :

إذا كانت القاعدة أن الوارث يلزم بتسليم كل ما يدخل فى التركة إلا ما احتفظ به لنفسه بنص صريح فى العقد ، إلا أنه من المتفق عليه أن بعض الأشياء لا تدخل فى المبيع ولو لم ينص على ذلك صراحة ، وهى الأشياء اللصيقة بشخص صاحبها كأوراق العائلة والأوراق المثبتة لنسب المورث وبراءات رتبه ونياشينه وشهاداته العلمية وذلك ما لم يكن لهذه الأشياء قيمة مادية أدخلها المشترى فى حسابه باتفاق خاص مع الوارث[٣] . وليس ثمة ما يمنع من أن يتفق

---

(١) خميس خضر ص ٣٣١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢١٣ .

(٣) السنهورى ص ٢٤٧ – منصور مصطفى منصور ص ٢٨٨ – أنور سلطان ٤١٩ – خميس خضر ص ٣٣١ .

الوارث مع المشترى صراحة على استثناء بعض مشتملات التركة من البيع وإن كان لهذه المشتملات المستثناة قيمة مالية .

ولا يدخل فى البيع وبالتالى لا يلزم تسليمه غير ما تلقاه الوارث بصفته وارثا ، أما ما يتلقاه بصفته الشخصية مباشرة دون أن يكون من مشتملات التركة فلا يدخل فى البيع .

ومثال ذلك مبلغ التأمين على الحياة الـــذى اشـــترطه المـــورث لصالحه ، ذلك أن مبالغ التأمين على الحياة تؤول إلـــى المســـتفيد مباشرة ، ولا تدخل فى تركة المؤمن له [١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٦٠٤ – عبد الودود يحيى ص ١٩٨ ومابعدها.

مادة (٤٧٦)

يرد المشترى للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

الشـــرح

٣٧١ـ التزامات المشترى :

يلتزم المشترى بدفع الثمن المتفق عليه فى عقد البيع ، وفوائـــده ومصروفات العقد وتكاليف المبيع ، وبالتسليم ، وليس فى ذلك مـــا يخص بيع التركة . ولكن لما كان المبيع يتحـــدد بصـــافى نصـــيب الوارث فى التركة من حقوق بعد خصم الديون ، فـــإن المشـــترى يلتزم بجانب دفع الثمن المتفق عليه ، بأن يرد للبائع ما يكـــون قـــد وفاه من ديون وتكاليف على التركة سواء أكان قد وفاها قبل البيـــع أو بعده ، لأن التركة هى المدينة بهذه الديون لا الوارث شخصـــيا ولأن البيع لا ينقل إلى المشترى إلا ما يتبقى من حقوق فى التركـــة بعد سداد ما عليها من ديون .

وإذا كان البائع دائنا للمورث ، تحمل المشترى نصيب الحصـــة المبيعة فى هذا الدين، أى أنه يحسب للبـــائع كـــل دينـــه ويتحمـــل المشترى نصيبه فى ذلك باعتباره مالكا للحصة المبيعة [1].

وكل هذا يجوز الخروج عليه باتفاق الطرفين .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٦٠٥ – خميس خضر ص ٣٣٣ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... كما له أن يستوفى من المشترى ما وفاه من ديون التركة وتكاليفها ، فإن التركة هى المدينة بذلك لا هو ، وكذلك يستوفى فى كل ما يكون دائنا به للتركة . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره ... الخ " (١).

٣٧٢ـ استرداد ما بيع من التركة :

تنص المادة ٨٣٣ مدنى على أن : ١- للشريك فى المنقول الشائع أوفى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه به، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشترى ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عرضه عن كل ما أنفقه .

٢- إذا تعدد المستردون فكل منهم أن يسترد بنسبة حصته " .

والحكمة من إجازة الاسترداد فى بيع التركة ، هى منع الأجانب من الاطلاع على أسرار العائلات ومن مشاركة الورثة ، وهو ما قد يؤدى إلى حصول ارتباكات لهم .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢١٣ .

ويشترط لثبوت رخصة الاسترداد أن يكون المبيع هو التركة كلها أو حصة شائعة منها كالنصف أو الثلث ، أما إذا كان المبيع عينا معينة بالذات أو حصة فى عين معينة من أعيان التركة ، فإن البيع لا يعتبر واردا على التركة ، وبالتالى لا يبيح لسائر الورثة الحق فى استرداد المبيع ، لأنه يسهل تسليم المبيع إلى المشترى دون أن يطلع على التركة وأسرارها ، ودون احتمال اشتراكه فى قسمة التركة نفسها .

(راجع فى التفصيل شرح المادة ٨٣٣) .

البيع فى مرض الموت :

مـــادة (٤٧٧)

١- إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسرى فى حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة، داخلا فيها المبيع ذاته .

٢- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما تجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أورد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين .

٣- ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ .

الشـــرح

٣٧٣ـ تعريف مرض المـوت :

لم يأت القانون المدنى بتعريف لمرض الموت ، ومن ثم يرجع فى تعريف مرض الموت إلى الفقه الإسلامى مفسرا بقضاء المحاكم ، وقد نصت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية – وهـــى تقنـــين للفقه الحنفى – على أن : " مرض الموت هى الذى يغلب فيه خوف الموت ويعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان صاحب فراش

أو لم يكن ، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنه وهو على حال واحدة ، كان فى حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضى سنة ، يعد حاله اعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت " .

ويستفاد مما تقدم أنه يشترط توافرثلاثة شروط لاعتبار المرض مرض موت . أولها : أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه. وثانيها : أن يغلب فيه الموت. وثالثها: أن ينتهى بالموت فعلا. إذ من من شأن هذه العلامات مجتمعة – وهى أمور موضوعية – أن تشعر المريض بدنو أجله وأنه مشرف على الموت [١].

ونعرض لهذه الشروط الثلاثة فيما يأتى :

١- المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه :

يجب أن يجعل المرض المريض عاجزا عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التى يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها ، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الإناث . وليس واجبا ، ليكون المرض مرض موت ، أن يلزم المريض الفراش ، فقد لايلزمه ويبقى مع ذلك عاجزا عن قضاء مصالحه .

---

(١) السنهورى جـ٤ ص ٣١٣ ومابعدها .

وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عــاجزا عــن قضــاء مصالحه ، ولكن لا بسبب المرض ، فلا يعتبر فى مرض الموت ، فقد يصل الإنسان فى سن عالية فى شيخوخة تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة ويكون فى حاجة إلى من يعاونه عليهــا ، وليس به مرض، وإنما هى الشيخوخة أوهنته ، والشيخوخة مرحلة من مراحل العمر ، ومن ثم لا يكون مريضا مــرض المــوت. أو يكون عاجزا عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض[1] وإذا برئ المريض من مرضه اعتبر تصرفه كتصرف الأصــحاء ونفذ العقد من جميع أمواله .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " مادامت المحكمة قد استخلصت مــن التحقيقــات التــى أجريت فى الدعوى ومن الشهادتين الطبيتين المقدمتين فيها عن مرض المورث أنه كان مريضا قبل وفاته بأربعة شهور بالســل الرئــوى وأن هذا المرض قد اشتد به وقت تحرير العقد المطعون عليه، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من الصادر له العقــد فإنهــا تكون قد أوردت فى حكمها من الأسباب ما يكفى لحمل قضائها " .

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٣/٢٣)

---

(١) أحمد نجيب الهلالى – شرح القانون المــدنى ص٢٠٢ – الســنهورى جــ٤ ص ٣١٤ ومابعدها .

٢- " لا تثريب على المحكمة إذا هي اتخذت مما ورد في شهادة الطبيب المعالج المكتوبة من أنه تولى علاج المورث لمدة تزيد على ستة شهور قبل وفاته وأنه كان مريضا بنزلة شعبية مزمنـــة ودرن رئوى وأنه كان طريح الفراش أحيانا وأحيانا أخرى كان ينتقل إلى جهة أخرى للعلاج وأن سبب وفاته على ما يذكر هو الدرن الرئوى وهبوط في القلب ، وكذلك من شهادة كشف الأشعة ، دليلا مضـــافا إلى الأدلة والقرائن الأخرى التي ساقتها على مرض المورث بالسل من تاريخ الكشف عليه بالأشعة واشتداد هذا المرض عليه بعد ذلك ووفاته بسببه . مما أدى بها إلى اعتباره مرض مـــوت وتقريرهـــا بناء على ذلك ببطلان العقدين المطعون فيهما لتحريرهما خلال فتـــرة اشتداده ، وهي بما لها من سلطة التقدير في هذا الشأن لا حاجة بها إلى اتخاذ أي إجراء آخر في هذا الصدد " .

(طعن رقم ٥٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥)

٣- " إن أداء المورث بعض الأعمال في فترات متقطعة مـــن مدة مرضه كقبضه مبلغا من المال وفكه رهنا حيازيا وحصول هذه الأعمال منه قبل وبعد تحرير العقدين المطعون فيهما بصـــدورهما في مرض الموت – ذلك ليس من شأنه أن ينفي مـــا انتهـــت إليـــه المحكمة من أن المورث كان في فترة اشتداد مرضه عاجزا عـــن أعمال العادية حتى إنه أناب عنه غيره في مباشرتها لأن قيامه بمثل

ما قام به لا يمنع من اعتبار مرضه مرض موت متى كان شـديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى بموته ".

(طعن رقم ٥٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥)

٤- " متى كانت المحكمة وهى فى صدد عقد طعن فيـه بأنـه صدر فى مرض موت البائعة ، قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وأنه انتهى فعلا بوفاتهـا. فإن فى هذا الذى قررته ما يكفى فى اعتبار أن التصـرف حصـل إبان مرض موت المتصرفة ويكون فى غير محلـه النعـى عليـه بمخالفة القانون فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/٨)

٥- " لا يشترط فى مرض الموت لزوم صاحبه الفراش علـى وجه الاستمرار بل يكفى أن يلازمه وقت اشتداد العلة بـه . كمـا لايشترط فيه أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو يـنقص مـن أهليته للتصرف . ومن ثم فإن ذهاب المورث إلى المحكمة وإقراره بصحة توقيعه على العقود المطعون عليها لايمتنـع معـه اعتبـار مرضه مرض موت متىكان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى فعـلا بموته " .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

٦- " المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت ، وإن لم يكن أمر المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة . فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت، فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به " .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٤٠ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/١/٧)

٢- أن يغلب فى المرض خوف الموت :

يشترط أن يكون المرض من الأمراض التى تسبب الموت عادة كالسرطان والكوليرا والذبحة الصدرية ... الخ أو يكون مرضا بسيطا ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت . أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة ، فإنه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه ، كأن يصاب الإنسان برمد فيعجزه عن الرؤية .

ويرجع فى تقدير غلبة الهلاك إلى رأى الأطباء .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهى بوفاته فإذا استطال

المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالته من حالات مرض الموت إلا فى فترة تزايدها واشتداد وطأتها إذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٤/٢١)

٢- " حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى فى اعتبار أن المورث كان مريضا مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأنه قعد عن مزاولة أعماله خارج المنزل فى الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذى انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه فإن ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت " .

(طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠)

٣- " من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهى بوفاته " .

(طعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٦)

٤- " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة ، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به " .

(طعن رقم ١٠١١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧م)

٣- أن ينتهى المرض بالموت :

يشترط أن ينتهى المرض بالموت أى يتصل الموت بالمرض ، فيموت المريض قبل أن يشفى من مرضه ولو كان موته بسبب آخر غير ذلك المرض .

ولايشترط أن يكون المرض قد أثر على نفسية المريض أو إدراكه [١].

وإذا كان المرض من الأمراض المزمنة وطالت مدته ، كالشلل والسل ، ثم مات المريض ، فإن المرض لا يعد مرض موت إذ طالت المدة دون أن يشتد المرض لمدة لاتزيد على سنة . فإذا اشتد

---

(١) سليمان مرقس ص ٥٥٤ .

المرض لمدة تزيد على سنة ثم مات المريض فإنه لا يعتبر قد مات في مرض الموت ولو كان هذا المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش . وحكمة ذلك أن في استطالة المرض على حاله ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وأن فيما قد يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولاسبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المرض الذي يطول أمده عن سنة لايعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وهو لا يعتبر كذلك إلا في فترة الشدة الطارئة ، وحكمة ذلك أن في استطالة المرض على حاله ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وأن فيما يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله ، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا سبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض ".

(طعن رقم ٢٠٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣)

٢- " إذا كان الذي أورده الحكم في صدد مرض الموت يفيد أن

المرض إذا استطال سنة فأكثر لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وأعقبته الوفاة فلا مخالفة فى هذا للقانون واستخلاص اشتداد وطأة المرض هو استخلاص موضوعى ، فمتى أقام الحكم قضـــاءه فى نفى اشتداد المرض وقت صدور التصرف المطعون فيه علـــى أسباب سائغة فلا يقبل الجدل فى ذلك أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٧٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥)

٣- " الحالة النفسية للمريض من رجاء ويأس وإن كانت هـــى الحكمة التى من أجلها قرر الفقهاء قاعدة أن المرض لايعتبر مرض الموت إذا طال أمده عن سنة إلا إذا اشتد ، إلا أنه لايسوغ التحـــدى بحكمة مشروعية هذه القاعدة فى كل حالـــة للقـــول بتوافرهـــا أو انعدامها .

وإذن فإذا كان الحكم إذ قضى برفض دعوى الطاعنـــة بشـــأن بطلان عقد البيع الصادر إلى المطعون عليها من مورثهما وعـــدم نفاذ تصرفاته لصدورها منه فى مرض موته قد أقام قضاءه على ما استخلصه من أن المورث وإن كان قد أصيب بشلل نصـــفى فـــى أكتوبر سنة ١٩٤٢ إلا أن مرضه استطال حتى توفى فى أبريل سنة ١٩٤٤ بسبب انفجار فجائى فى شريان بـــالمخ ، وأن التصـــرفات المطعون عليها صدرت منه بعضها فى يوليو وآخرها فى نـــوفمبر سنة ١٩٤٣ وأنه وإن كان قد أصيب بنوبة قبل الوفاة بمدة تقـــرب

من ستة شهور إلا أن هذه النوبة- التى لم يحدد تاريخهـا بالدقـة- كانت لاحقة للبيع وأنه بفرض التسليم بأنها سبقت سائر التصـرفات المطعون عليها إلا أنها لم تغير من حال المريض إلا تغييراً طفيفـا لم يلبث أن زال وعاد المرض إلى ما كان عليه من اسـتقرار- إذا كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك وكان ما أثبتـه مـن اشـتداد المرض واستطالته وأثره فى حالة المريض ممـا يسـتقل بتقـديره قاضى الموضوع- كان النعى عليه أنه أخطأ فى تطبيـق القـانون بمقولة إنه لم يعتد بالعامل النفسى الذى يساور المريض إذ اعتبر أن الانتكاس لا يكون دليلا على عدم اسـتقرار المـرض إلا إذا كـان شديدا فى حين أن المرض الذى ينتهى بالموت ويطول أمـده عـن سنة يعتبر مرض موت إذا اشتد والانتكاس مهما كان طفيفا دليـل على عدم استقرار المرض - كان النعى عليه بذلك لايعدو أن يكون جدلا مما يستقل به قاضى الموضوع ".

(طعن رقم ٢٠٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٥/١١/٢٣)

٤- " العبرة فى اعتبار المرض الذى يطول أمـده عـن سـنة مرض موت هى بحصول التصرف خلال فترة تزايـده واشـتداد وطأته على المريض للدرجة التى يغلب فيها الهلاك وشعوره بـدنو أجله ثم انتهاء المرض بالوفاة " .

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٥٩/٦/١١)

٥- " إذا كان يبين من أسباب الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع استخلصت اشتداد وطأة المرض وتزايده على البائعة من ظروف الدعوى وملابساتها ومن إقدام زوج البائعة والمشترى منها على أخذ تصديقها على البيع يوم وفاتها بمنزلها وقبل أن يتم كاتب التصديقات مأموريته- ولما كان الظرف الأخير لا يدل بذاته على تزايد المرض واشتداد وطأته على البائعة فى الفترة التى حصل فيها التصرف كما لايدل عليه أيضا مجرد إشارة المحكمة إلى ظروف الدعوى وملابساتها دون بيان لهذه الظروف والملابسات – فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى القول بأن العقد محل الدعوى صدر من البائعة وهى فى مرض الموت يكون قد عاره قصور فى التسبيب يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١/١١)

٦- " حق الوارث فى مال مورثه لايظهر فى الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث . كما أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقق هذه النتيجة . ومن ثم فمادام المتصرف كان ما يزال حيا فإنه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة فى العقود المطعون عليها تقوم على صدورها فى مرض موت المتصرف أو على أنها تخفى وصايا ".

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

٧- " من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون المرض مما يغلب فيـه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهى بوفاتـه ، فـإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكـن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه ، وتكـون تصرفات المريض فى هذه الفتـرة صـحيحة ، ولا تعـد اسـتطالة المرض حالة من حالات مرض الموت إلا فى فترة تزايدها واشتداد وطأتها ، إذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة . وقيـام مـرض الموت أو عدم قيامه هو من مسائل الواقع التى تسـتقل بتقـديرها محكمة الموضوع " .

(طعن رقم ١٠٠٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٨)

٣٧٤- من يلحق بالمريض مرض الموت ؟

يلحق بالمريض مرض الموت فى أحكامه كل من كان صحيحا فى حالة يغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالإعدام ولا أمـل فى برائته وحجز لتنفيذ الحكم وتوفى قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده ، ومن كان فى معركة حربية ووقف فى الصف الأول للقتال أو فـى موضع الخطر أو كان فى سفينة اجتاحتها الأمواج من كل ناحيـة ، أو كان فى بلد عمه الوباء القاتل إذا توفى فى هذه الحالة [(١)].

---

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصـية الطبعـة الثالثة عشرة مجلد ٤ ص ٤٣ .

٣٧٥ـ الحكمة من تقييد التصرف فى مرض الموت :

الحكمة من تقييد التصرف فى مرض الموت لا ترجع إلى عدم أهلية المريض أو العيب فى إرادته ، فالمريض مرض الموت كامل الأهلية ما لم يطرأ عليه سبب من انعدام الأهلية أو نقصها كالأصل العام .

وإنما الحكمة فى تقييد التصرف هو أن حق الورثة يتعلق بمال مورثهم من وقت مرضه الذى يموت فيه . فإذا صدرت منه تصرفات تنطوى على تبرع منذ هذا المرض كان لهذه التصرفات حكم الوصية . كما أن المورث المريض وقد شعر بدنو أجله فإنه يفكر أحيانا فى محاباة بعض الورثة أو إيثارهم على البعض الآخر ، أو التصرف فى بعض أمواله للغير [١].

٣٧٦ـ أحكام بيع مريض مرض الموت :

يجب التمييز فى حكم بيع مريض مرض الموت بين فروض ثلاثة نعرض لها فيما يأتى :

الفرض الأول :

إذا كان البيع بما لا يقل عن قيمة المبيع :

إذا كان البيع الذى قام به مريض مرض الموت بثمن لا يقل عن قيمة المبيع (أى ثمن المثل) ، كان البيع صحيحا نافذا فى حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم . ويستوى فى ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث .

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٠٤ – السنهورى ص ٣٢٣ ومابعدها .

الفرض الثانى :

إذا كان البيع بأقل من قيمة المبيع بما لا يجاوز ثلث التركة :

إذا كان البيع بثمن يقل عن قيمة المبيع وكانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لاتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته ، فإن البيع يسرى فى حق الورثة دون حاجة إلى موافقتهم ، وتقدر قيمة المبيع وقت وفاة البائع لا وقت البيع ، ويدخل فيها الشئ المبيع .

وعلى ذلك إذا باع المريض منزلا قيمته عشرة آلاف جنيه بمبلغ خمسة آلاف جنيه ، وترك علاوة على هذا المنزل أرضا زراعية قيمتها ١٥ ألف جنيه ، فإن تركته بما فيها المنزل تقدر بخمسة وعشرين ألفا من الجنيهات ، فتكون المحاباة فى بيع المنزل وهى خمسة آلاف لاتتجاوز ثلث التركة ، فينفذ البيع دون حاجة إلى إقرار الورثة ، سواء أكان هذا البيع لوارث أو لغير وارث [١].

---

(١) وكان التقنين المدنى القديم يفرق فى هذه الصورة بين ما إذا كان البيع لغير وارث فيسرى الحكم الوارد بالمتن ، وبين ما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة . ذلك أن أية محاباة فى الثمن كانت تعتبر تبرعا فتأخذ حكم الوصية ، وكانت الوصية فى عهد التقنين المدنى السابق لا تجوز لوارث إلا بإجازة الورثة إلى أن صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، يجيز الوصية لوارث دون حاجة إلى إجازة الورثة .
وعلى ذلك إذا كان تاريخ وفاة المورث قبل نفاذ قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فحكم التقنين القديم هو الذى يسرى ، وإلا فحكم التقنين الجديد (السنهورى ص ٣٣٠ ومابعدها) .

الفرض الثالث :

إذا كان البيع بأقل من قيمة المبيع بما يجاوز ثلث التركة :

إذا كان البيع بأقل من قيمة المبيع وقت وفاة المورث بما يجاوز ثلث قيمة التركة بما فيها الشئ المبيع . فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يكون نافذا فى حق الورثة إلا إذا أقروه ، أو قبل المشـــترى أن يرد للتركة ما يفى بتكملة الثلثين .

ويستوى أن يكون البيع لوارث أو لأجنبى . أى أن المحاباة فى الثمن تأخذ حكم الوصية ، فتنفذ إذا لم تجاوز ثلث التركة دون حاجة إلى إقرارمن الورثة ، ويتوقف نفاذها على هذا الإقرار إذا تجاوزت الثلث .

وإجازة الورثة هى فى الحقيقة تبرع منهم وتنازل عن حقهــم ، فلا يصح أن تمس حق غيرهم بنقص ، ولذا قرر الشـــارع أنـــه إذا أجاز أحد الورثة البيع ولم يجزه الباقون فلا ينفذ ذلك البيع إلا على من أجازه .

والمراد بالوارث الذى تلزم إجازته هو من يكون وارثا وقـــت موت المورث ، ولو لم يكن وارثا وقت البيع . أما من كان وارثا وقت البيع وأصبحغير وارث وقت موت المورث فلا يعتبر وارثا .

ومثال ذلك إذا لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنـــت وزوجة وأخت ثم رزق بعد البيع مولودا ذكرا ، اعتبر الابن وارثـــا

ولو أنه لم يكن موجودا وقت البيع ، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت وإن كانت تعتبر وارثة وقت البيع [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ميز فى البيع لوارث ، بين البيع بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، والبيع بثمن لا يقل عن هذه القيمة . ففى الحالة الأولى وحدها لا يسرى البيع فى حق الورثة إلا بإجازتهم ، أو إلا إذا رد المشترى للتركة الفرق ما بين قيمة المبيع والثمن المتفق عليه (م٦٤٣ من المشروع) . وكل هذه التفصيلات لازمة ولايشتمل عليها نص التقنين الحالى (م ٢٥٤/ ٣٢٠) إلا إذا قيل إن هذا التقنين قد أخذ برأى الإمام الأعظم دون الصاحبين ، ولكن الأولى الأخذ برأى الصاحبين فى هذه المسألة " [٢].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" البيع الصادر فى مرض الموت لابنه- البائع يكون صحيحا فى حق من أجازه من الورثة ولو قضى ببطلانه بالنسبة لمن لم يجزه منهم . فإذا امتنع من أجاز البيع عن تسليم بعض الأطيان الواردة فى العقد إلى المشترية بدعوى أنها من نصيبه فى التركة فإن

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٩٩ – السنهورى ص ٣٢٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٢٠ .

الحكم عليه لها بتثبيت ملكيتها لهذه الأطيان يكون صحيحا ولا مخالفة للقانون فيه " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠)

وإذا لم يوجد ورثة فإنه لا يلزم ثمة إجازة ويصح البيع .

ولايعتبر بيت المال (الهيئة العامة لبنك ناصر) وارثا ، ولذلك لاتلزم إجازته للبيع .

وقد جاء فى قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ نص صريح فى هذا المعنى فنصت المادة ٣٧ من هذا القانون على أن : " تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه ، من غير توقف على إجازة الخزانة العامة " .

٣٧٧- شروط الإجازة :

يشترط فى الإجازة ما يأتى :

(أ)- أن تكون بعد موت المورث . فإجازة الورثة فى أثناء حياة المورث أو اشتراكهم فى عقد البيع لايزيل البطلان ، حتى لو دونوا إقرارهم للبيع كتابة فى ذيل المحرر المثبت لتصرف فى المريض مرض الموت ، لأن حقهم فى الإرث وبالتالى فى إقرار تصرفات المورث لا يثبت لهم إلا عند موت الأخير .

ولا يجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه [١].

وبالتالى فإن توقيع الوارث كشاهد عل عقد البيع الصادر من مورثه فى مرض الموت لا يفيد إجازته للعقد ولا يعدو إلا أن يكون شهادة بصحة صدور البيع من المورث .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث ، ذلك أن صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، فإن النعى عليه - بالخطأ فىتطبيق القانون إذ قضى بصورية عقدى البيع الصادرين للطاعن رغم أن المطعون عليها الثانية وقعت عليهما ويعتبر ما ورد فيهما من شروط حجة عليها بحيث يمتنع عليها الطعن فيها بالصورية - يكون على غير أساس ".

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١١)

٢- " إن توقيع المطعون عليه الأول كشاهد على عقدى البيع- المطعون فيهما بصدورهما فى مرض الموت - فى وقت لم يكن قد

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٩٧ - سليمان مرقس ص ٥٦٥ - أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٠٨ .

أصبح فيه وارثا لا يعدو أن يكون شهادة بصحة صدورهما من المورث ، ولايعتبر إجازة منه للعقدين ، لأن هذه الإجازة لايعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث ، إذ أن صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة . كما أن توقيعه على العقدين لا يفيد صحة التاريخ المعطى لكل منهما إذ لم يكن وارثا وقت توقيعه كشاهد طبقا لما تقدم ذكره " .

(طعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٦)

(ب)- قد تكون الإجازة صريحة، كما يصح أن تكون ضمنية . ومثال الإجازة الضمنية سكوت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور العقد ونقل التكليف للمشترى دون أن يطعن الوارث فى العقد .

(ج)- أن يكون المجيز أهلا للتبرع ، أى عاقلا رشيدا ، فلا يصح أن يكون المجيز صبيا أو مجنونا أو محجورا عليه . لأن هذا الإقرار إسقاط دون مقابل لحق ثابت فى التركة . فيكون غير البالغ رشيدا معدوم الأهلية بالنسبة له .

كما يشترط ألا يكون هو نفسه مريضا مرض الموت . فالمجيز إذا كان مريضا مرض الموت لا تنفذ إجازته إلا فى حدود ثلث تركته بغير إجازة ورثته [١].

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٠٧ هامش (٢) – السنهورى ص ٣٣١ هامش (٢) – عبد الودود يحيى ص ٢٠٣ .

(د)- أن يكون المجيز عالما بالبيع وبما فيه من محاباة ، ويقصد إقراره . فاشتراك الوارث فى تحرير محضر جرد التركة وإشارته فى المحضر إلى التصرف لا يكون إجازة إلا إذا أراد بذلك الموافقة على التصرف [1].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الإقرار الصادر أمام المجلس الحسبى من أحد الورثة بإجازة عقد مطعون فيه لصدوره فى مرض الموت ، وإن لم يكن قضائيا لعدم صدوره أمام جهة مختصة بالفصل فى صحة العقد المطعون فيه ، إلا أنه يصح اعتباره إجازة لهذا العقد إذا كان المجيز انتوى به تصحيح العقد وهو يعلم بما يشوبه " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠)

٣٧٨- إنذار الورثة بإعلان إجازتهم أو عدمها :

يصح للوارث أو الأجنبى المشترى أن ينذر الورثة طالبا إليهم إعلان قصدهم والتصريح بما إذا كانوا يجيزون العقد أو يريدون نقضه ، كما يجوز له أن يلجأ للقضاء لتحديد ميعاد مقبول للورثة ليبدوا نيتهم فى ذلك .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٩٨ وما بعدها – السنهورى ص ٣٣١ هامش (٢) .

ولكن إذا انقضى الأجـل ولم يبد الورثة رأيا وجب القول بأنهم لا يرتضون العقد ولا يجيزونه [١].

٣٧٩- إقرار بعض الورثة فقط للقدر الزائد على الثلث :

إذا أجاز البيع – بالنسبة للقدر الزائد على الثلث– بعض الورثة فقط فإن هذه الإجازة لا تنفذ إلا بالنسبة لحصصهم فى الميـراث ، ولا تكون ملزمة لباقى الورثة .

٣٨٠- أثر عدم إقرار الورثة للقدر الزائد على الثلث :

يترتب على عدم إقرار الورثة كلهم أو بعضهم البيع فيما يتعلق بالقدر المحابى به الزائد على ثلث التركة أن يلتزم المشـترى بـأن يرد إلى التركة ذلك القدر كله أو بعضه الذى يخص الورثة الذين لم يقروا البيع أو قيمته . ومؤدى هذا الالتزام بالرد أن الجزء الواجب رده يعتبر بيعه – بالنسبة إلى الورثة الذين لم يقروا البيع – موقوفا نفاذه فى حقهم على دفع قيمته إلى التركة . فإذا لم يقـم المشـترى بدفع هذه القيمة اعتبر القدر المذكور باقيا على ذمة التركة وجـاز للورثة استرداده [٢].

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢١٠ – أنور سلطان ص ٤٢٨ .
(٢) سليمان مرقس ص ٥٦٦ .

٣٨١ـ حالة تعدد العقود الصادرة من المورث فى مرض الموت :

إذا تعددت العقود الصادرة من المورث فى مرض الموت ، اعتبر المشترون فى حكم الموصى لهم ، واقتسموا الثلث بنسبة ما أوصى به لكل منهم ، ولا محل للرجوع إلى تواريخ العقود لتقديم أقدمها تاريخا أو تسجيلا . ويبدو أنه بالنسبة إلى الموصى له يعتبر بيع الموصى فى مرض موته هو أيضا فى حكم الوصية ، فيكون البيع فى مرض الموت إما ناقضا للوصية الأولى وإما نافذا معها فى حدود ثلث التركة[١] .

٣٨٢ـ سريان أحكام المادة (٩١٦) مدنى على بيع المريض مرض الموت :

تنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٧٧) على أن " ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦" .

والمادة ٩١٦ المشار إليها قد وضعت القاعدة العامة لحكم تصرفات المريض فى مرض الموت وهى تقضى بأن :

"١- كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

---

(١) السنهورى ص ٣٣٢ الهامش – محمد لبيب شنب ص ٢٢ .

٢- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولايحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه " .

فالمادة تقضى فى فقرتها الأولى بأن تصرف المريض مرض الموت المقصود به التبرع يأخذ حكم الوصية . ومفاد ذلك أنه إذا كان المال محل التصرف تزيد قيمته على ثلث التركة وقت الوفاة فإن الوصية تصح وتنفذ بقدر الثلث من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى ، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه [1].

---

(١) إذ تقضى الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية بأنه : " تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه " .

وتبين الفقرة الثانية من يقع عليه عبء إثبات أن التصرف تم في مرض الموت . وهم ورثة المتصرف ، فإذا أثبتوا أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك أي يثبت أنه صدر على سبيل المعاوضة . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه . فهذا النص يعتبر كل ما يصدر من المريض في مرض الموت ، مقصودا به التبرع ويعطيه حكم الوصية ، حتى ولو أخذ التصرف صورة المعاوضة .

ولكن من صدر له التصرف يستطيع أن يثبت أن التصرف ، رغم صدوره في مرض الموت ، إلا أنه يتضمن معاوضة ، وأنه دفع مقابلا حقيقيا لما تلقاه من المورث .

هذا النص العام ، الخاص بتصرفات المريض في مرض الموت ، طبقه المشرع بنص خاص على البيع في المادة ٤٧٧ .

ومقتضى هذه المادة أنه لو ثبت أن تصرف المريض قصد به بيع حقيقي وكان الثمن الذي دفعه المشتري يساوي قيمة المبيع وقت البيع ، فإن البيع ينفذ في حق الورثة ، ولا يكون هناك محل للطعن فيه . وإذا ثبت أن الثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الوفاة ، فإن البيع ينفذ في حق الورثة إذا ثبت أن زيادة قيمة المبيع على الثمن لاتجاوز ثلث التركة بما فيها المبيع ذاته ، لأن الإنسان له أن

يوصى بثلث ماله دون حاجة إلى إقرار الورثة . أما إذا زادت المحاباة فى الثمن على ثلث التركة ، فإن البيع فيما يجاوز الثلث ، لا يكون نافذا فى حق الورثة إلا إذا أقروه ، أو قبل المشترى أن يرد للتركة ما يفى بتكملة الثلثين [١].

(راجع فى التفصيلات المجلد السادس عشر شرح المادة ٩١٦) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويلاحظ أن المادة ١٣٥٠ من المشروع تقرر أن كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ، يكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف . وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولايحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا . وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . وبتطبيق هذه الأحكام على بيع المريض ، يتبين أنه يجب افتراض أن هذا البيع وصية وأن الورثة هم الذين يجب عليهم إثبات أن البيع قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولايحتج على الورثة بتاريخ البيع إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، فإذا قام الورثة بهذا

---

(١) عبد الودود يحيى ص ٢٠٢ ومابعدها .

الإثبات اعتبر البيع صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت أن المشترى قد تعاقد على ثمن ، فتجرى الأحكام المتقدمة [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وحيث إن هذا النعى غير مقبول ، ذلك أن النص فى المادة ٤٧٧ من القانونى المدنى على أن " إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة البيع وقت الموت ، فإن البيع يسرى فى حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لاتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته . أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن البيع – فيما يجاوز الثلث – لايسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما بقى بتكملة الثلثين " ، وفى المادة ٩١٦ منه على أن " كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف ... وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك " – يدل على أنه إذا أثبت الورثة أن البيع صدر فى مرض موت مورثهم ، فإن المشرع يفترض أن هذا البيع هو فى حقيقته

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٢١ .

هبة ما لم ينقض المشترى هذه القرينة القانونية غير القاطعة بإثبات أنه دفع ثمنا للمبيع لا يقل عن قيمته فيكون البيع صحيحا نافذا فى حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم لانتفاء شبهة المجاملة فى الثمن. وإذا ثبت أن ما دفعه من ثمن يقل عن قيمة المبيع بمقدار الثلث ، فإن البيع يسرى أيضا فى حق الورثة لدخول ما تمت المحاباة فيه من الثمن فى نطاق ما يجوز الإيصاء به ، وفى الحالتين لا يكون ثمة محل لتحقيق صدور البيع فى مرض الموت ، أما إذا جاوزت الزيادة الثلث ، فإن البيع يأخذ حكم الوصية ولا يسرى فى حق الورثة – فى حدود هذه الزيادة- إلا بإجازتهم ، أو بتقاضيهم ما يكمل ثلثى التركة من المشترى ، وعندئذ يتعين تحقيق الدفع بصدور البيع فى مرض الموت . لما كان ذلك وكان الثابت فى الأوراق – وحصله الحكم المطعون فيه – أن أحداً من ورثة المرحومة ... لم يدفع بأنها وهبت المطعون ضدهم الثلاثة الأوائل نصيبها فى العقار المبيع بالعقد المؤرخ ١٩٩٥/٩/١١، كما تضمن الإنذار المؤرخ ١٩٩٧/١٠/٨ مطالبة الورثة للمشترين بباقى ثمن المبيع بما يؤكد عدم منازعتهم فى أن هذا الثمن لا يقل عن قيمة المبيع الحقيقية وأنه الثمن الذى تم التعامل به مع باقى البائعين ، ومن ثم فإن البيع يكون صحيحا خالياً من شبهة المجاملة فى الثمن ونافذا فى حق الورثة باعتبار أن المبلغ الذى دفعه المشترون ثمناً

للمبيع هو ثمن المثل . وعلى ذلك ، فإن تعييب الحكم المطعون فيه بأنه خالف الثابت فى الأوراق حين خلص إلى أن أوراق الـدعوى خلت مما يقطع بأن المورثة المذكورة كانت فى مرض الموت عند توقيعها على العقد المشار إليه ، يكون غير منتج أيـا كـان وجـه الرأى فيه ، ومن ثم فإن النعى بهذا الوجه يكون غير مقبول " .

(طعون أرقام ١٨٥٩، ٢٤٤٤، ٢٤٤٧ لسنة ٧٠ ق جلسـة ٢٠٠١/٦/١٢)

٣٨٣ـ حق الورثة فى إثبات صدور التصرف من مورثهم فى تاريخ لاحق :

إذا كان التصرف الصادر من المورث غير ثابت التاريخ ، فإنه يحق للورثة أن يثبتوا بكافة طرق الإثبات أن التصرف صدر فـى تاريخ لاحق توصلا منهم إلى إثبات أن صدوره كان فـى مـرض الموت فإن عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور فى العقـد حجة عليهم باعتبارهم خلفا لمورثهم [١].

٣٨٤ـ إثبات مرض الموت :

مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طـرق الإثبـات القانونية ومنها البينة والقرائن . والغالب ثبـوت مـرض المـوت

---

(١) راجع فى التفصيل المجلد السادس عشر شرح المادة (٩١٦) .

بتقارير الأطباء . ومن القرائن على صدور التصرف فى مـرض الموت أن يكون محررا قبل الوفاة بأيام قليلة ما لـم يكـن البـائع قدمات فجأة .

ويقع عبء إثبات حصول البيع فى مرض الموت على ورثـة البائع الذين يطعنون فى بيعه وإن كانت المادة ٩١٦ قد نصت على أنه لايحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتـوا هـم عـدم صـحته وأن التصرف قد صدر فى تاريخ آخر توصلا مـنهم إلـى إثبـات أن صدوره كان فى مرض الموت ، فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور فى العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفا لمورثهم .

ولا يكفى أن يثبت الحكم فى مدوناتـه أن البيـع صـدر مـن المورث فى مرض الموت ، وإنما يجب أن يبين نوع هذا المرض، وهل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصـول التصـرف ، وإلا كـان قاصرا قصورا يعيبه بما يبطل واستخلاص عناصر مرض المـوت هو استخلاص موضوعى . فإذا بنى على أسباب سائغة فلا يقبـل الجدل فيه أمام محكمة النقض .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إذا كان الحكم حين قضى ببطلان التصرف الصادر من مورث المتصرف له بناء على أنه صدر منه وهو مـريض مـرض الموت قد اقتصر على تقرير أن المورث المذكور كـان مريضـا مرضا انتهى به إلى الوفاة دون أن يبين نوع هذا المرض ، وهـل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصول التصرف ، فإنه يكون قاصـرا قصورا يعيبه بما يبطله " .

(طعن رقم ٦٥ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١/١٢)

٢- " متى كان الثابت من أوراق الـدعوى أن مـا دفـع بـه الطاعنون من أن المورث وقت التعاقد كان فى مرض الموت هـو قول عابر ولم يقدموا ما يثبت أنهم طلبوا إلى محكمـة الموضـوع إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات هذا الدفاع أو أنهم قدموا إليهـا دليلا عليه كما لم يقدموا ما يثبت أنهم أثاروه لدى محكمة الاستئناف فإنه لا يعيب الحكم المطعون فيه إغفاله الرد على هذا الدفاع الـذى تخلى عنه الطاعنون " .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٢/٧)

٤- " حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المـرض مما يغلب فيه الهلاك ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى فـى اعتبار أن المورث كان مريضا مـرض المـوت وقـت صـدور

التصرف المطعون فيه بأنه قعد عن مزاولة أعماله خارج المنزل في الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذى انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه ، فإن ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت " .

(طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠)

٥- " إن كانت المادة ٩١٦ من القانون المدنى قد نصت على أنه لايحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا . إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر فى تاريخ آخر توصلا منهم إلى إثبات أن صدوره كان فى مرض الموت فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور فى العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفا لمورثهم ".

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١١)

٦- " من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهى بوفاته واستخلاص حصول هذا المرض بشروطه من مسائل الواقع التى تستقل محكمة الموضوع بها " .

(طعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨)

٧- " ثبوت مرض الموت أو انتفاؤه هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع من الأوراق المطروحة على بساط البحث فى الدعوى متى كان استخلاصا سائغا ".

(طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

٨- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفى دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة فى النزاع ولم يكن فى أوراق الدعوى والأدلة الأخرى المطروحة عليها ما يكفى لتكوين عقيدتها فيه . وإذ كان يجوز للوارث أن يثبت بشهادة الشهود أن هبة مورثه صدرت فى مرض موته حتى تعتبر الهبة تصرفا مضافاً إلى ما بعد الموت فتسرى عليه أحكام الوصية طبقا للمادة ٩١٦ من القانون المدنى وكان الثابت من الحكمين المطعون فيهما أن كلا من الطاعنين قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن هبة مورثهما إلى أخيهما المطعون ضده الثانى صدرت منه فى مرض موته وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك ، فإن كلا من الحكمين إذ رفض هذا الطلب على سند من مجرد قوله أن الطاعن لم يقدم دليلا أو قرينة على أن المورث كان مريضا وقت الهبة وهو رد لا يواجه طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق فإنه يكون فضلا عن إخلاله بحق الدفاع مشوباً بالقصور الذى يستوجب نقضه " .

(طعنان رقما ١٠٣١ ، ١٠٣٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٢)

٩- " إن المادة ٩١٦ من القانون المدنى تنص فى فقرتها الثالثة على أنه " إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك " فإن مؤدى ذلك أنه إذا ثبت صدور التصرف فى مرض الموت ، فإن البيع يكون هبة مستترة ، ولا يؤبه بالثمن المكتوب فى العقد ، وإنما يكلف المشترى بإثبات أنه دفع ثمنا فى المبيع ، ومقدار هذا الثمن الذى دفعه قبل التقرير بمدى سريان البيع فى حق الورثة إعمالا لحكم المادة ٤٧٧ من القانون المشار إليه " .

(طعن رقم ٥١٩١ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠/٢/٢٠٠١)

١٠- " مفاد نص المادتين ٤٧٧، ٩١٦ من القانون المدنى أن العبرة فى اعتبار التصرف مضافا إلى ما بعد الموت أن يكون على سبيل التبرع أو أن يكون الثمن يقل عن قيمة المبيع بما يجاوز ثلث التركة فإذا أثبت الورثة أن البيع تم فى مرض الموت اعتبر البيع على سبيل التبرع ما لم يثبت المشترى عكس ذلك ، لما كان ذلك ، وكانت أسباب الحكم المطعون فيه وما اعتنقه من أسباب الحكم المستأنف قد استدل بقرائن سائغة على أن الثمن دفع وأنه يتساوى مع قيمة المبيع واستخلص ذلك من الخطاب الذى أرسله المورث قبل التصرف إلى الشاهد بأن البائعين كانوا يبحثون عن مشتر

للأرض فى حدود ثمن خمسمائة جنيه للفدان وقد رفضــت إحــدى المشتريات التى ورد اسمها فى الخطــاب المــؤرخ ١٩٧٧/٦/١٨ الشراء بهذا الثمن وكذلك من أقوال شاهد المطعون ضــدهم بــأن المورث كان يبغى إيداع قيمة نصيبه من ثمن البيع بنك مصر وهو فى حدود خمسة أو ستة آلاف جنيه بما يعنى أن العقــد لــم يكــن مقصودا به التبرع وأن الثمن فى الحدود المناسبة لقيمة المبيع وهى قرائن كافية وحدها لحمل قضاء الحكم فى إثبات العوض وإثبــات تناسبه مع قيمة المبيع ، ومن ثم فلا حاجة للحكــم للتحــدث عــن صدور التصرف فى مرض الموت أو إثبات ذلــك بطريــق آخــر طالما كونت المحكمة عقيدتها من قرائن ثابتــة لهــا أصــلها فــى الأوراق " .

(طعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩١/٣/٢٧)

مـادة (٤٧٨)

لا تسرى أحكام المادة السابقة إضرارا بالغير حسن النيـة إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة .

الشـرح

٣٨٥ ـ حمايـة الغير حسن النيـة :

إذا أخذ البيع حكم الوصية لصـدوره فـى مـرض المـوت ، وتجاوز قيمة المبيع أو المحاباة فى الثمن ثلث التركة ، ولـم يـرد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين ، فإن البيع لايكون نافذا فـى مواجهة الورثة ماداموا لم يقروه ، ويترتب على ذلك أن يكون لهـم الحق فى استرداد العين المبيعة من المشترى إذا كان قـد تسـلمها وذلك باعتبارها من أعيان التركة ، ولكن نظرا لما يترتب على ذلك من ضرر للغير الذى يكون قد تعامل مع المشترى بشـأن العـين المبيعة ، فقد نصت المادة ٤٧٨ على أنه : " لا تسرى أحكام المادة السابقة إضرارا بالغير حسن النية ، إذا كان قد كسب بعوض حقـا عينيا على العين المبيعة " . ومعنى ذلك أن عدم نفاذ البيع فى حـق الورثة لتجاوز قيمة المبيع أو المحاباة فى الـثمن ثلـث التركـة ، لايؤدى إلى زوال حق الغير الذى تعامل مع المشترى ، فإذا كـان المشترى قد باع العين إلى شخص آخر ، وكانت الملكية قد انتقلـت فعلا بهذا البيع ، فإن المشترى الثانى يظل مالكا ، ويحتج بملكيتـه على الورثة ، فلا يستطيعون استرداد العين المبيعة .

ويكون للورثة الرجوع بحقهم على المشترى الثانى . وإذا كان المشترى قد قرر للغير حقا عينيا على العين كحق رهن أو حق ارتفاق ، فإن العين تعود على الورثة محملة بهذا الحق .

غير أنه يستفاد من نص المادة (٤٧٨) أنه يشترط شرطان لكى يتمتع الغير بهذا الحماية هما :

الأول : أن يكون قد كسب حقه فعلا ، وأن يكون ذلك قد تم بعوض ، فإذا كان الحق عقاريا ، وجب أن يكون قد تم شهر التصرف المكسب له ، وأن يكون الغير قد دفع مقابلا فى اكتساب هذا الحق ، فإذا كان لم يشهر سنده ، أو كان قد كسب حقه مجانا ، فلا يتمتع بالحماية .

الثانى : أن يكون الغير الذى تعامل مع المشترى حسن النية ، أى كان يتعامل مع المشترى وهو يجهل العيب اللاحق بسنده أى لايعلم بأن العين بيعت للمتعاقد معه فى مرض الموت[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" عندما قرر المشروع حماية أصحاب الحقوق العينية حسنى النية (م٦٤٥) ، أشار فى هذه الحماية إلى حالتى البيع لوارث والبيع لغير وارث . أما التقنين الحالى (م٢٥٦مكررة /٣٢٣) فقد اقتصر سهوا على الإشارة إلى حالة البيع لغير وارث "[٢] .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٣ ومابعدها – خميس خضر ص ٣٣٩ – أنور سلطان ص ٤٢٨ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٢٠ .

بيع النائب لنفسه :

مـادة (٤٧٩)

لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمـر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلنى ، ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابـة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى .

٣٨٦ـ القاعـدة العامـة فـى تعاقـد النائـب مـع نفسـه وتطبيقها فى عقد البيع :

نص المشرع على القاعدة العامة فى تعاقد النائب مع نفسه فـى المادة ١٠٨ من التقنين المدنى وهى تنص على أنـه : " لا يجـوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه، سواء أكان التعاقـد لحسـابه هـو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل ، على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل هذا مع مراعـاة مـا يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة " . والعلة فى منع تعاقد النائب مع نفسه هى أنه فى تعاقده مـع نفسـه يـتحكم فـى مصلحتين متعارضتين فلا تتسير الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل . فإذا كان نائبا عن أحد طرفى العقد وأصـيلا عـن نفسـه ، فـإن التعارض يكون بين مصلحته الشخصية وبين مصـلحة الأصـيل .

وإذا كان نائبا عن طرفى العقد كان التعارض بين مصلحة كل من الأصيلين وكان عمله فى هذه الحالة أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة[١].

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه فى حالتين . فقد يكون الشخص طرفا فى التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقدا بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ، ومصالح الأصيل . وقد يتعاقد الشخص بصفته نائبا عن الطرفين فى آن واحد ، وفى هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة . وغنى عن البيان أن مصلحة الأصيل لا تتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة فى كلتا الحالتين ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل . ومع ذلك فقد أبيح للأصيل أن يأذن للنائب فى التعاقد على هذه الصورة ، أو يقر التعاقد بعد حصوله . ومن الواضح أن البطلان المقرر فى هذا الشأن قد أنشئ بمقضى نص خاص " [٢].

---

(١) خميس خضر ص٣٤١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الثانى ص ١٠٥ ومابعدها .

وقد عاد المشرع فطبق القاعدة العامة الواردة فى المادة (١٠٨) مدنى والتى تصدق بالنسبة لكل تعاقد ، على من ينوب عن غيره فى عقد البيع ، فنص فى المادة (٤٧٩) مدنى على أنه : " لايجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر عن السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك ، بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى ".

ورغم الاختلاف الظاهر فى صياغة كل من المادتين ، فإن المادة ٤٧٩ لا تعدو أن تكون تطبيقا محضا للمادة ١٠٨ ، فكل من المادتين تتضمن تفصيلات لا تتضمنها المادة الأخرى ، ولكنها تفصيلات لا يوجد ما يدعو إلى النص عليها بوجه خاص إلا بقدر ما تزيله تلك التفصيلات من لبس . ففى المادة (١٠٨) اكتفى المشرع بالنص على منع النائب بصفة مطلقة ، وهو ما يترتب عليه سريان المنع بالنسبة لكل نائب أيا كان مصدر نيابته . وعلى ذلك فالنص فى المادة ٤٧٩ على المنع بالنسبة " لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة " .

وتنص المادة (١٠٨) على المنع سواء كان تعاقد النائب " لحسابه هو أم لحساب شخص آخر " ، ولم يرد هذا التفصيل فى

المادة (٤٧٩) ، ومع ذلك فلا شك أن النائب ممنوع من أن يشترى ما نيط به بيعه سواء لحسابه هو أم لحساب شخص آخر .

وتنص المادة (٤٧٩) على منع النائب من الشراء سواء قام به النائب " بنفسه مباشرة أو باسم مستعار " . ولم تنص المادة (١٠٨) على ذلك التفصيل ولكن لا شك أنه ينطبق على النائب أيا كان العقد الذى عقده مع نفسه .

وتنص المادة ٤٧٩ على منع النائب من الشراء ، ولو بطريق المزاد العلنى ، ولم تنص المادة (١٠٨) على ذلك ولكن عموم النص يؤدى إليه لأن الشراء بالمزاد يعتبر تعاقدا فيشمله المنع [1].

٣٨٧- حظر تعاقد النائب على الشراء لنفسه :

يخلص من المادتين ١٠٨ ، ٤٧٩ مدنى أن من كان نائبا عن غيره فى بيع مال هذا الغير ، لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه ، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشتريا مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعا .

والنيابة عن الغير قد تكون اتفاقية أو قانونية أو عن طريق أمر من السلطة المختصة .

والنيابة الاتفاقية ، هى الوكالة . فمن وكل فى بيع مال لايجوز

---

(١) خميس خضر ص ٣٤١ ومابعدها .

له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، كأن يشتريه لزوجه أو لأحد أولاده أو لأى شخص يمت إليه بصلة ويكون المشترى فى الواقع من الأمر مسخرا من النائب (١).

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا تمسك الوكيل فى دعوى الحساب المرفوعة عليه من ورثة موكله بأنه غير ملزم بمحاسبتهم عن ريع بعض أطيان المورث إذ أنه اشتراها منه فدفع الورثة ببطلان البيع بسببين أولهما أن البائع كان غير أهل التصرف وثانيهما أن المشترى كان وقت العقد وكيلا فما كان له أن يشترى لنفسه شيئا من مال من موكله ، وبنت المحكمة قضاءها فى الدعوى مع التقرير بصحة العقد قائلة إنه ليس فى ظاهرة ما يشوبه إذ قد ثبت لها أن المشترى قد دفع ثمن الصفقة ، فهذا القول لايصلح ردا على الدفع ببطلان العقد المؤسس على السببين السالف ذكرهما ولذلك يكون الحكم معيبا بقصور أسبابه " .

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٨/٥/١٣)

٢- " مادامت المحكمة قد استخلصت استخلاصاً سائغا من عبارة عقد شراء أرض الكنيسة ومن ظروف الدعوى وملابساتها أن مشترى الأرض التى أقيمت عليها الكنيسة لم يتعاقد باسمه ولمصلحته إذ هو اشتراها من الحكومة بصفته رئيس طائفة الأقباط الأرثوذكس وراعى كنيستها ، ولم يكن قصده من شرائها منصرفاً إلى إضافتها إلى ملكه ، بل هو اشتراها بصفته سالفة الذكر لبناء كنيسة ومدرستين للطائفة عليها ، وبذلك لا تكون ملكية الأرض قد دخلت من ذمته بل تكون انتقلت مباشرة من الحكومة إلى الطائفة التى رأسها ، فلا مخالفة فى ذلك للقانون " .

(طعن رقم ١١٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٥/١٨)

وكون النائب اشترى لنفسه باسم مستعار مسألة واقــع يقــدرها قاضي الموضوع ، ولا معقب على تقديره في ذلك لمحكمة النقض، ويجوز إثباتها بجميع الطرق لأنها واقعة مادية (١).

والنيابة القانونية ، هي التي يكون مصدرها القانون كــالولي ، فلا يجوز له أن يشترى مال الصغير لنفسه ولا باسم مستعار .

وقد تأتي النيابة في بيع مال الغير عن طريق أمر من السلطات المختصة . فالوصي والقيم والوكيل عن الغائب وأمــين التفليســة والحارس القضائي كل هؤلاء يتولون عن غيرهم في بيــع المــال بموجب أمر من السلطة القضائية .

٣- " متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه بإلغــاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على أن الثابت من عقد البيع أن الطاعن بصفته نائباً عن المجمع العام لكنيسة المسيح قد اشترى العقار موضوع النزاع لاستعماله صالة للمحاضرات تلحق بكنيسة المسيح بالاســكندرية وأن أثر هذا العقد لا ينصرف إلى الطاعن شخصياً وأن نية المتعاقــدين انصرفت إلى إنشاء صالة للمحاضرات تلحق بكنيسة المسيح ورتب على ذلك انتفاء حق الطاعن شخصياً في المطالبة بالملكية وهذا الذى اســتند إليه الحكم يتفق مع عبارة العقد الواضحة ومن شأنه أن يؤدى إلــى مــا انتهى إليه ، ولما كان النعي يدور حول مناقشة نصوص العقد وتفسيرها على أنها تفيد ملكية الطاعن شخصياً للعقار فإنه لا يعدو أن يكون جدلا موضوعياً في تفسير العقد مما يستقل به قاضي الموضــوع ولا رقابــة لمحكمة النقض عليه فيه ".

(طعن رقم ٤٨١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٢٤)

(١) السنهوري ص ١٠٢ ومابعدها .

والموظف العام قد ينوب عن الدولة فى بيع أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية . فلا يجوز لأى من هؤلاء شراء المال لأنفسهم لا باسمهم ولا باسم مستعار .

٣٨٨ـ نطاق المنع :

تنص المادة (٤٧٩) على أنه : " لايجوز لمن ينوب عن غيره أن يشترى بنفسه مباشرة أو أمر من السلطة المختصة **أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى** ... " .

والنص على الحالة الأولى يعالج أمرا كثير الوقوع يقصد به النائب عادة التحايل على القانون وتفادى المنع من الشراء .

والنص على الحالة الثانية يزيل لبسا نشأ عن تفسير أحكام التقنين المدنى القديم، إذ ذهب بعض الفقهاء إلى أن المادة (٢٥٨) قديم لا يتناول حالة التنفيذ على عقار المدين ، ولذا يجوز لنائب المدين أو لنائب الدائن دخول المزايدة وشراء العقار. ولكن الرأى الراجح كان يذهب إلى أن نص هذه المادة عام لا يفرق بين البيع الجبرى والبيع الاختيارى لتوافر علة المنع فى الحالتين ، ومن واجب النائب رعاية مصلحة الأصيل والإكثار من المزايدين لرفع قيمة عقار الأصيل المنزوعة ملكيته ، وطبيعى أن واجب الرعاية هذا لن يتحقق إذا كان للنائب مصلحة فى البيع [١].

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٣٣ وهامش (٢) – أنور سلطان ص ٤٣٢ وهامش (٥) .

٣٨٩ـ الاستثناءات من المنع :

يجوز لمن كان نائبا عن غيره شراء المال لنفسه استثناء من أحكام المادتين ١٠٨ ، ٤٧٩ مدنى فى حالتين هما :

الحالة الأولى :

أن يكون تعاقد النائب مع نفسه بإذن الأصيل أو بإذن المحكمة . فهنا لا يسرى المنع ، وقد نصت المادة (١٠٨) على هذا الاستثناء بقولها إن النائب يمتنع عليه التعاقد مع نفسه " دون ترخيص من الأصيل " ونصت عليه المادة ٤٧٩ بمنع النائب من الشراء " ما لم يكن ذلك بإذن القضاء " .

والتعبيران يعوزهما الدقة ذلك أن الإذن قد يكون من الأصيل وذلك إذا كانت النيابة اتفاقية ، وقد يكون من المحكمة إذا كانت النيابة قانونية أو قضائية [١].

الحالة الثانية :

أن يجيز تعاقد النائب مع نفسه نص قانونى أو قواعد التجارة .

وقد نصت على هذا الاستثناء المادة ١٠٨ بقولها فى عجزها "كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة " . ونصت عليه المادة ٤٧٩ بقولها فى عجزها : " مع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى ".

---

(١) خميس خضر ص ٣٤٢ .

والتعبيران يعوزهما الدقة والمقصود بكل منهما عدم الإخـــلال بما يقضى به نص قانونى أو عرف تجارى [١].

وعلى ذلك يجوز للنائب أن يشترى لنفسه المال الذى ينوب عن غيره فى بيعه إذا نص القانون على ذلك أو وجد عـــرف تجـــارى يجيزه .

ومن النصوص التى تجيز شراء النائب لنفسه المـــادة ١٤ مـــن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المـــال التى تنص على أن : " للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القـــانون على غير ذلك " .

ويرى بعض الشراح أنه يجوز للوصى شراء مال القاصـــر إذا كانت له حقوق من قبل على هذا المال وكان القصد من الشراء هـــو المحافظة على هذه الحقوق ، كما لو كان الوصى شريكا مع القاصر على الشيوع أو كان دائنا مرتهنا لهذا المال ، ثم بيع المال بـــالمزاد لعدم إمكان قسمته عينا فى الفرض الأول أو لقيام دائنـــى القاصـــر بالتنفيذ عليه فى الفرض الثانى [٢].

---

(١) فتعبير المادة ١٠٨ يعيبه أنه يشير إلى استثناء ما يقضى به القـــانون أو قواعد التجارة . والمقصود بقواعد التجارة قواعد العرف التجارى وهى قواعد قانونية فكان ينبغى أن يستبدل بهذا التعبير عبارة نص فى القانون أو عرف تجارى . وتعبير المادة ٤٧٩ يعيبه أنه يقتصر على حالة النص القانونى" خميس خضر ص ٣٤٣ هامش (١)" .

(٢) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٣٣ .

بينما يرى البعض - بحق أن الوصى لا يجوز له فى هذه الحالات شراء مال القاصر إلا بإذن المحكمة وتعيين وصى خاص لرعاية مصلحة القاصر(١) (م ٣١ من قانون الولاية على المال) .

وكثيرا ما يمثل به لما يقضى به العرف التجارى من مخالفة لنص المادتين ١٠٨ ، ٤٧٩ بما يقضى به من أن للوكيل بالعمولة أن يشترى ما وكل فى بيعه لحساب من وكله بالشراء .

وهو ما نصت عليه صراحة مذكرة المشروع التمهيدى بقولها : " ويجوز أن تقضى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه فمن ذلك إباحة تعامل الولى مع ولده وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، إباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى "(٢).

إلا أن الاستشهاد بهذا المثل لا يستقيم هنا لأن الوكيل بالعمولة ليس نائبا ، فهو لا يتعاقد باسم الأصيل وإنما لحساب نفسه فوكالته غير نيابية (٣).

---

(١) أنور سلطان ص ٤٣٣ - منصور مصطفى منصور ص ٢٩٩ ومابعدها - عبد المنعم البدراوى ص ١٨٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٠٦ .

(٣) خميس خضر ص ٤٣٣ هامش (٢) راجع أيضا مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد جـ٢ الطبعة الثانية .

٣٩٠- جزاء المنع من الشراء :

لم ينص المشرع صراحة على الجزاء الذى يترتب على شراء النائب لنفسه ، بالرغم من المنع المنصوص عليه . واكتفى المشرع بالنص فى المادة ٤٨١ على أن : " يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين[١] إذا أجازه من تم البيع لحسابه " . وهذا هو الحكم الذى قررته مادة ١٠٨ حيث تقول : " على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد ".

وقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن الجزاء هو البطلان النسبى ، فيكون العقد قابلا للإبطال لمصلحة الأصيل [٢].

وهذا الرأى يعتمد على نص المادة ٤٨١ مدنى- سالفة الذكر- التى تجرى على أن " يصح العقد إذا أجازه من تم البيع لحسابه " تأسيسا على أن الإجازة تكون ممن تقرر البطلان النسبى لمصلحته وأثرها تصحيح العقد ".

وقد أخذت مذكرة المشروع التمهيدى بهذا الرأى . فبعد أن عرضت لمنع النائب ومنع السمسار والخبير من الشراء أردفت قولها : "أجاز

---

(١) المادة الأخرى هى المادة ٤٨٠ - والتى معروض لها وهى تنص على أن : " لايجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار".

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٠٥ هامش (١) - وكان يأخذ بهذا الرأى الدكتور السنهورى ولكنه عدل عنه كما سنرى راجع ص ١٠٥ .

المشروع تصحيح البيع (وهو باطل بطلانا نسبيا لمصلحة البائع ، وقد قرر البطلان نص خاص لعلة تعارض المصلحة)لا بإجازة من تم البيع لحسابه فحسب ، بل كذلك بإذن القضاء فـى البيـع قبـل حصوله، كالوصى يستأذن المجلس الحسبى" [١]. كما قرر المشروع التمهيدى نفس الرأى فى تعليقه على نص المادة (١٠٨) فبعد أن بين علة منع النائب من التعاقد مع نفسه قال : " ولهذا العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل " [٢].

إلا أن غالبية الشراح يأخذون على هذا الرأى أنه يتعارض مع المبادئ العامة فى البطلان، إذا الأصل فى البطلان أن يكون مطلقا ، وأن البطلان النسبى لا يكون إلا فى حالة نقص الأهلية أو عيـوب الرضاء ، وأنه كان من الواجب الرجوع إلى الأصيل لعدم تـوافر أسباب البطلان النسبى فى بيع النائب نفسه ، ويجب البحـث عـن جزاء المنع من الشراء فى القواعد الخاصة بالنيابة . ولذلك ذهـب الرأى السائد إلى أن تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قرينـة قانونية هى أن الأصيل عندما أناب النائب فى بيع ماله لم يدخل فى هذه الإنابة أن يكون المناب هو المشترى سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره ، وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته فى البيع.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٣٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص، ١٠٦ .

فإذا ما باع النائب المال لنفسه ، سواء باعتباره أصيلا فى الشـــراء أو باعتباره نائبا عن غيره ، يكون قد جاوز حدود نيابته ، فلا ينفذ تصرفه فى حق الأصيل إلا إذا أجازه هذا [١].

---

(١) السنهورى ص ١٠٦ – أنور سلطان ص ٤٣٣– عبد المنعم البــدراوى ص ١٨٠ ومابعدها – خميس خضر ص ٣٤٥ .

مادة (٤٨٠)

لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار .

الشرح

٣٩١- منع السماسرة والخبراء من الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار :

بعد أن أورد المشرع فى التقنين المدنى الجديد نص المادة (٧٤٩) تحت عنوان بيع النائب لنفسه أورد تحت نفس العنوان المادة (٤٨٠) وهى تنص- كما رأينا - على أنه لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار .

فرغم أن هؤلاء الأشخاص ليسوا نوابا فقد مد المشرع الحظر الوارد على النواب إليهم ، فالسمسار هو شخص يلزم فى مواجهة عميله بالعثور على شخص يرتضى التعاقد مع هذا العميل ، وهذا الالتزام لا يقتضى منه أن يكون نائبا عن عميله ، فمحله القيام بعمل مادى وليس بعمل قانونى ، وإنما البيع بعد ذلك يتم بواسطة العميل نفسه أو نائب عنه .

كذلك مهمة الخبير مهمة مادية محضة ، فهى تقدير قيمة الشئ المراد بيعه [١].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٥٣ .

وعللت المذكرة الإيضاحية مد الحظر إلى هؤلاء بــأن حكمــة المنع فيهم متوافرة .

فقد جاء بها :

" زيد على النواب السماسرة والخبراء فى الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو تقدير قيمتها لأن حكمة المنع متوافرة " .

فالحظر إليهم إذن خشية تغريرهم بصاحب المال ، فالسمسار قد يوهم صاحب المال بأن ثمنا منخفضا هو الملائم ، والخبير قد يقدر الشئ بأقل من قيمته ثم يقدم السمسار أو الخبير على الشراء باسمه أو باسم مستعار بهذا الثمن المنخفض أو على أساس ذلك التقدير الذى لم تراع فيه مصلحة صاحب المال [1].

٣٩٢- جـزاء الإخلال بالمنع من الشـراء :

رغم أن السمسار والخبير ليسا من النواب كما ذكرنا سلفا- إلا أن جمهور الشراح ذهبوا إلى أن جزاء إخلال السمســار والخبيــر بالمنع من الشراء هو نفس جزاء منع النائب من الشراء لنفســه أى عدم نفاذ العقد فى حق من تم البيع لحسابه إلا إذا أقره .

ويستند هؤلاء الشراح إلى أن المشرع قد أورد نصا واحد وهو نص المادة ٤٨١ فى حكم العقد إذا أجازه من تم البيع لحسابه وبنوا على ذلك أن المشرع لم يشأ وضع جزاءين مختلفين [2].

---

(١) خميس خضر ص ٢٤٤ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٥٤ – منصور مصطفى منصور ص ٣٠٤- عبد المنعم البدراوى ص ١٨٠ ومابعدها – الســنهورى ص ١٠٦ – أنــور

ويلاحظ أن مجال تطبيق حظـر الشـراء بالنسـبة للسماسـرة والخبراء مجال ضيق ، ذلك أن السمسار أو الخبير لا ينوب عـن مالك الشئ وبالتالى لا يستطيع شراء الحق الذى نيط بـه بيعـه أو تقويمه إلا بموافقة هذا المالك أو من ينوب عنه ، ومن شأن موافقة المالك أن تجعل الشراء نافذا فى مواجهته وفقا للمـادة ٤٨١ وإذن فلا ينطبق الحظر من الناحية العملية إلا إذا كان الشئ قد بيع فـى مزاد علنى .

سلطان ص ٤٣٣ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ١٠٣ – رقارن خميس خضر ص ٣٤٦ فيذهب إلى أن إفراد نص واحد فى حكم العقد إذا أجازه من تم البيع لحسابه لا يحول دون القول باختلاف الجزاء ، والأولـى أن يقال إن الجزاء فى حالة شراء كل من السمسار والخبيـر لنفسـه هـو البطلان النسبى الذى تقرر بنص خاص كما ذهبت إلى ذلـك المـذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى . يسـتطرد أن عبـارات المشرع فى المادة ٤٨١ مدنى تؤيد ما يذهب إليه ، فهى تقول " يصـح العقد .. إذا أجازه من تم البيع لحسابه " إذ أن الإجازة ترد علـى العقـد غير النافذ وعلى العقد الباطل بطلانا نسبيا ويترتب عليهمـا أن تترتـب على العقد آثاره .

مـــادة (٤٨١)

يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه .

الشـــرح

٣٩٢- تصحيح العقد الذى يبرمه النائب والسمسار والخبير على خلاف الحظر :

رأينا فى شرح المادتين السابقتين أن جمهور الشراح ساوا فى جزاء مخالفة المنع المنصوص عليه بالمادة (٤٧٩) بالنسبة لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو بإذن من القضاء ، وبين جزاء مخالفة المنع المنصوص عليه بالمادة ٤٨٠ الخاص بالسماسرة والخبراء. وأنهم اعتبروا مخالفة هذا المنع ، أن التصرف لا ينفذ فى حق الأصيل ، ولا ينفذ فى حق الأصيل إلى إذا أقره .

وهذا الإقرار كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا بأن ينفذ الأصيل التصرف الذى تجاوز فيه حدود الإنابة وهذا هو ما نصت عليه المادة (٤٨١) صراحة .

(راجع فى التفصيل شرح المادتين السابقتين) .

الفصل الثانــى
المقايضــة
مــادة (٤٨٢)

المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود .

الشــرح

٣٩٤ـ تعريف المقايضـة :

عرفت المادة (٤٨٢) المقايضة بأنها : " عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود " [١].

---

(١) وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى (نظرة عامة) " لم يــرد شئ عن عقد المقايضة فى التقنين المختلط ، أما التقنين الأهلى فقد أورد بشأنه خمسة نصوص (٣٥٦- ٣٦٠) اقتصرت على تطبيق القواعــد العامة ، فيما عدا نصا واحدا (م ٣٥٩) شذ عن هذه القواعــد شــذوذا لامبرر له ، وقد أصلح المشروع هذا العيب ، وأورد نصوصا تعــرض لمميزات خاصة فى عقد المقايضة ، ثم نص بوجه عام علــى وجــوب تطبيق أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة " (مجموعــة الأعمال التحضيرية جــ٤ ص ٢٣٢) .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " المقايضة هى - حسب ما عرفها القـانون فـى المـادة ١٣٥٦ مدنى (قديم) - عقد يلتزم به كل من المتعاقدين بأن يعطـى للآخر شيئا مقابل ما أخذه منه . وينبنى على ذلك أن كل متقـايض يعتبر بائعا ومشتريا فى وقت واحد . ولهذا نصت المادة ٣٦٠ مـن القانون المدنى (قديم) على أن القواعد المختصة بعقد البيع تجرى كذلك فى المقايضة إلا ما استثنى بنص صريح فى القانون . فإذا ما استحق أحد البدلين فى عقد المقايضة فإنه يجب الرجوع فى ذلـك إلى أحكام ضمان الاستحقاق المقررة موضوع البيع " .

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/١/٧)

فالمقايضة كالبيع من عقود التمليك بمقابل . إلا أن ما يميزهـا عن البيع أنها مبادلة شئ بشئ آخر غير النقود . فكل عاقد يتعهـد بتمليك العاقد الآخر شيئا أو حقا ماليا على سبيل التبـادل . ولـذلك قيل إن كان طرف فى المقايضة يعتبر بائعا ومشتريا فى آن واحد، لأنه يبيع ملكه للطرف الآخر على أن يحل ملك الآخر محل الشـئ الذى قدمه [١].

وإذا كان أحد البدلين قيما (كالسبائك الذهبية) أو أوراق ماليـة يسهل تقدير قيمتها نقدا بالرجوع إلى أسعار البورصـة أو كشـوف التسعير . فقد انقسم الرأى فى تكييف هذا العقد .

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص٦٢٩ - أنور سلطان ص ٤٣٧ .

فذهب رأى إلى اعتبار العقد فى مثل هذه الحالة بيعا لا مقايضة .

غير أن الرأى السائد يذهب إلى اعتبار العقد مقايضة لأن العبرة هى بطبيعة المقابل وقت العقد (١).

ويرى بعض الشراح ، أن العقد يكون مقايضة إذا كان البدلان من النقود (٢).

بينما يذهب رأى آخر – نؤيده – إلى أن هذا العقد وهو ما يطلق عليه الصرف فى الفقه الإسلامى ، يعتبر بيعا لا مقايضة ، لأن المادة ٤٨٢ صريحة فى اشتراط ألا يكون البدلان أو أحدهما من النقود (٣).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تعرف المادة ٦٥٣ عقد المقايضة ، وتصرح بأن البدلين يجب ألا يكونا من النقود . وهذا هو الذى يميز المقايضة عن البيع " (٤).

٣٩٥ـ اشتباه المقايضة بالبيع :

تشتبه المقايضة بالبيع فى حالتين :

---

(١) السنهورى ص ٢٩ – منصور مصطفى منصور ص ٢٧ – محمد كشرى سرور ص ٤٠ – خميس خضر ص ٣٥ .

(٢) أنور سلطان ص ٤٣٧ – محمد كامل مرسى ص ٦٤٣ .

(٣) محمد لبيب شنب ص ٣٠٠ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٣٨ .

الأولى : إذا كان العوضين قيما أو أوراقا مالية يســهل تقــدير قيمتها نقدا بالرجوع إلى أسعار البورصة أو كشوف التسعيرة .

وقد ذهبنا سلفا إلى أن الراجح اعتبار هذا العقد مقايضة .

(راجع فى التفصيل بند ٣٩٣) .

الثانية : إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيما مختلفة فى اعتبار المتعاقدين ، وتضمنت المقايضة – كما سنرى – معدلا من النقــود لتعويض الفرق (م٤٨٣) . فوفقا للرأى الــرابع لا يترتــب علــى وجود هذا المعدل اعتبار العقد بيعا إلا إذا كان المعدل هو العنصر الغالب ، أى كان هو المقصود من التعاقد .

(أنظر شرح المادة ٤٨٣) .

٣٩٦ـ انعقـاد المقايضـة :

عقد المقايضة من العقود الرضائية التى لايشترط فيهــا شــكل خاص ، كالبيع . وكانت المادة ٣٥٧ من التقنين المــدنى الملغــى تنص على أن : " تحصل المقايضة بمجرد رضا المتعاقــدين بهــا بالكيفية المقررة للبيع " .

ومن ثم تنعقد المقايضة بتوافق الإيجاب والقبول ، بأن يتبــادل طرفاها التعبير عن إرادتين متطابقتين بقصد نقل حق فى مقابل حق آخر .

ولايستثنى من ذلك سوى ما ينص عليه القانون من أوضاع معينة لانعقاد بعض التصرفات عموما مما تدخل فيه المقايضة ، ومثل ذلك ما تنص عليه المادة ١١ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بإصدار قانون التجارة البحرى من أن تقع التصرفات التى يكون موضوعها إنشاء أن نقل أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمى وإلا كانت باطلة .. الخ .

(راجع فى التفصيل بند ١٦).

ويجب أن يكون الرضا صحيحا خاليا من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

وتدخل الأوصاف على المقايضة كشرط التجربة والمذاق فتسرى الأحكام المقررة لذلك فى عقد البيع .

والأهلية اللازمة لإبرام عقد المقايضة هى ذات الأهلية المطلوبة لانعقاد البيع . وخيار الرؤية فى المقايضة كخيار الرؤية فى البيع .

وبالنسبة لمحل المقايضة وهو الشيئان المتقايض فيهما فتسرى أحكام البيع من حيث الوجود والتعيين .

ويجب أن يكون الشئ مملوكا للمتقايضين وإلا كانت المقايضة قابلة للإبطال لصالح المتقايض الآخر ولا تنعقد المقايضة إذ كان أحد البدلين حقا متنازعا فيه وكان المقايض الذى حصل على هذا الحق من رجال القضاء إذا كان النظر فى النزاع القائم على الحق

الذى يريد الحصول عليه يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر عمله فيها (م٤٧١) . كما لا تنعقد المقايضة إذا كان ما قدمه أحد المتقاضين حقا متنازعا فيه وكان المتقايض الآخر هو المحامى الذى وكل فى الدفاع عن هذا الحق (م٤٧٢) [١].

وفيما يتعلق بانعقاد المقايضة بواسطة النائب ، تتحدد سلطة النائب كما تتحدد سلطته فى البيع . مع ملاحظة أنه إذا كان النائب وكيلا فالتوكيل فى البيع لا يتضمن توكيلا فى المقايضة لأن البيع غير المقايضة ، فيجب إذن الحصول على إذن خاص بالتقايض[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص فى المادة ٤٨٥ من القانون المدنىعلى أن " تسرى على المقايضة أحكام البيع ، بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشئ الذى قايض به ومشتريا للشئ الذى قايض عليه ، إنما يدل على أن عقد المقايضة يسرى عليه فى الأصل أحكام البيع من حيث كونه عقدا رضائيا يتم بتوافق الإيجاب والقبول ولايشترط فيه شكل خاص ويثبت طبقا للقواعد العامة فى الإثبات ، ومن حيث أركان انعقاده من رضا ومحل

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٣٠٩ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٣١٠ ومابعدها .

وسبب مع مراعاة أن المحل فى عقد المقايضة هو الشيئان المتقايض فيهما " .

(طعن رقم ٤٧٧٠ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١٠/٣٠)

٣٩٧ـ طبيعة المقابل فى عقد المقايضة :

ترد المقايضة عادة على حق المالك التام سواء كان مفرزا أم شائعا ، على أن هذا لا يمنع من أن يكون العوض أى حق آخر من الحقوق المتفرعة عن الملكية ، لأن القاعدة أن كل ما يمكن بيعه يمكن المقايضة به ، وعلى ذلك يجوز أن يكون العوض ملكية رقبة أو حق انتفاع أو حق ارتفاق .

على عكس ما قد يوحى بذلك التعريف الذى أتت به المادة ٤٨٢ وهو أن المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر – على سبيل التبادل – ملكية مال ليس من النقود[1] .

وترد المقايضة على العقار والمنقول على حد سواء فيجوز مبادلة سيارة بسيارة أو مذياع بساعة وهكذا ، فلا يشترط أن يكون محل المبادلة من جنس واحد .

ولكن يجب أن يكون كل من البدلين من الحقوق ، فإذا كان البدلان أو كان أحدهما عملا أو امتناعا عن عمل ، لم يكن العقد مقايضة ، وإنما عقدا غير مسمى ، وعلى ذلك فإذا التزم شخص

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٩٩ – أنور سلطان ص ٤٣٧ .

بنقل ملكية سيارة فى مقابل أن يقوم المتعاقد الآخر بتصميم عمارة له ، فإن العقد لا يكون مقايضة ، بل عقدا غير مسمى يخضع للقواعد العامة فى الالتزامات [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر بل هى قد تكون مبادلة حق انتفاع بحق انتفاع ويسرى عليها فى الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعا للشئ الذى كان مملوكا له وقايض به ومشتريا للشئ الذى كان مملوكا له وقايض به ، ومشتريا للشئ الذى كان مملوكا للطرف الآخر وقايض هو عليه ، والآثار التى تترتب على المقايضة هى نفس الآثار التى تترتب على البيع من حيث التزامات البائع ، فيلتزم كل من المتقايضين بنقل ملكية الشئ الذى قايض به إلى الطرف الآخر كما يلتزم بتسليمه أياه وبضمان التعرض والاستحقاق " .

(طعن رقم ١٨٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/١/١)

٣٩٨ـ إثبات المقايضة :

يثبت عقد المقايضة طبقا للقواعد العامة . والعبرة بقيمة أحد الشيئين المتقايض فيهما إذ المفروض أنهما متساويان فى القيمة ،

---

(١) السنهورى ص ٨٥٧- محمد لبيب شنب ص ٣٠٠ .

وإلا فكل التزام تقدر قيمته بقيمة الشئ محل هذا الالتــزام . فــإذا كانت قيمته تزيد على خمسمائة جنيه وجب إثباته بالكتابة [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

" لما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بدفاع حاصله أن اتفاقه والمطعــون ضـــده الأول علـــى المقايضة ثابت من إقرارى التنازل الصادرين من كل منهما بمستند منفصل أحدهما صادر من المطعون ضده الأول بتاريخ ١٩٨٨/٢/٢٠ والثانى من الطاعن بتاريخ ١٩٨٨/٣/١٧ وكان من شأن هذا الدفاع- لو فطنت إليه المحكمة ومحصته – تغيير وجه الرأى فى الدعوى إذ أن مؤداه ثبوت قيام عقد المقايضة بين طرفيه إذ لا يلزم فى حالـــة ثبوته بالكتابة أن يؤكد ذلك فى محرر واحد فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن تناول هذا الدفاع الجوهرى بما يقتضيه مـــن البحـــث والتمحيص ووقف منه عند حد القول بعدم تقديم الطاعن للمحـــرر المثبت لعقد المقايضة المطلوب فسخه مستلزما بذلك أن يكون ثابتا فى محرر واحد وخلص إلى تأييد الحكم الابتدائى الذى قضى برفض دعواه، فإنه يكون مع مخالفته للقانون قد ران عليه القصور المبطل" .

(طعن رقم ٤٧٧٠ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١٠/٣٠)

---

(١) السنهورى ص ٨٥٩ .

مــادة (٤٨٣)

إذا كان للأشياء المتقايض فيهـا قـيم مختلفـة فـى تقـدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا .

الشــرح

٣٩٩- المعدل فى المقايضة :

أجازت المادة فى عقد المقايضة إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين تعويض الفرق بمبلغ مـن النقـود ويكون معدلا .

ووجود المعدل فى المقايضة من الأمور الكثيرة الحدوث ، ذلك لأنه من النادر ، أن يكون المالان المراد مبادلتهما متسـاويين فـى القيمة تماما .

والرأى متفق على أنه إذا كان العنصر الغالب فى المعدل هـو النقود ، كما إذا بيعت سيارة جديدة بخمسين ألف جنيـه علـى أن يحسب من الثمن سيارة قديمة ، قدرت قيمتها بعشـرة آلاف جنيـه كان العقد بيعا .

أما إذا كان العنصر الغالب هو غير النقود ، كما إذا اسـتبدلت سيارة بأخرى متقاربين فى القيمة مع دفع معدل من النقود زهيـد ، فالعقد مقايضة [١].

---

(١) السنهورى ص ٢٩ ومابعدها – منصور مصطفى منصـور ص ٢٨ – عبد المنعم البدراوى ص ٧٣ ومابعدها .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وتجيز المادة ٦٥٤ أن يكون فى المقايضة معدل من النقود كمعدل القسمة – على أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب ، وإلا انقلبت المقايضة بيعا ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١– " إذا اعتبرت محكمة الاستئناف العقد المتنازع على تكييفه (وهو عقد فيه إعطاء منزل من طرف وإعطاء أطيان من طرف آخر) أنه عقد بيع للمنزل لا عقد بدل فيه لما رأته من أن ذات العقد مصرح فيه أنه عقد بيع للمنزل وعقد بيع للأطيان وأن الثمن المقدر فيه للأطيان مع استنزاله من الثمن المقدر للمنزل يكون الباقى الواجب دفعه نقدا من ثمن المنزل مبلغا كبيرا يزيد على ثمن الأطيان ، وأن العقد الذى يكون بهذه الكيفية التى يزيد فيها ما يدفع من الثمن نقدا عما يدفع منه عينا هو عقد أقرب إلى البيع منه إلى البدل ، فتفسير المحكمة هذا المنتزع من الواقع بغير تشويه وتكييفها لهذا الواقع بأنه عقد بيع لا بدل هو تفسير تملكه وتكييف لا غبار عليه " .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٥/٣٠)

٤٠٠ـ يجب الاتفاق على المعدل صراحة :

يجب الاتفاق على المعدل صراحة ، فإن لم يتضمنه العقد ، فلا يجوز الرجوع به حتى لو كان هناك غبن بالنسبة لأحد المتقايضين – طبقا للرأى الراجح – إذ تأبى قواعد المقايضة على التمسك بالغبن ، مما يحول دون الاستناد إلى ذلك لطلب المعدل .

وإذا اتفق المتقايضان على استحقاق المعدل ، على أن يتم تقديره بمعرفة أهل الخبرة ، كانت المقايضة بمعدل ويتم تقديره بمعرفة خبير قد يلجأ إليه المتقايضان ويكون تقديره ملزما لهما .

وإذا تم الاتفاق على استحقاق المعدل، وأرجأ المتقايضان تقديره إلى اتفاق لاحق يبرم بينهما، كان هذا الاتفاق ملحقا لعقد المقايضة ، أما إذا اختلفا على التقدير ، كان المعدل مستحقا وجاز للدائن به المطالبة به قضاء وحينئذ تعهد المحكمة بتقديره إلى خبير [١].

---

(١) المستشار أنور طلبه الجزء السابع ص ٩ ومابعدها .

مادة (٤٨٤)

مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

الشـــرح

٤٠١- تحمل المتقايضين المصاريف والنفقات مناصفة :

يترتب على اعتبار كل من المتقايضين بائعا للشئ الذى قـايض به ، ومشتريا للشئ الذى قايض عليه (م ٤٨٥) ، أنـه لا يوجـد مشترى واحد حتى يلزم بنفقات عقد المقايضـة كمـا يلتـزم بهـا المشترى فى البيع (م ٤٦٢) ولذلك قد نص المشرع صراحة فـى المادة ٤٨٤ على أن مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة ، ما لم يوجد اتفـاق يقضـى بغير ذلك .

وعلى ذلك فجميع النفقات التى تقتضـيها المقايضـة يتحملهـا المتقاضيان مناصفة ، ويدخل فى ذلك أتعاب المحامى الذى حـرر العقد ، ورسوم الدمغة ، ورسوم التسجيل .

ويسرى هذا الحكم ولو كانت المقايضة بمعدل . فنفقات المعدل تضم إلى مجموع النفقات ويكون المجموع مناصفة بين المتقايضين.

أما تكاليف الحق فتقع على من اكتسبه من وقـت العقـد طبقـا للمادة ٢/٤٥٨ ، ويدخل فى ذلك الضرائب المفروضـة علىهـذا الحق ونفقات صيانته .

والأحكام السابقة مما لايتعلق بالنظام العام ،ويجوز الاتفاق على ما يخالفها . ويعتبر الاتفاق على أن يتحمل أحد المتقايضـــين كـــل المصروفات من قبيل الاتفاق على معدل [(١)].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

وتجعل المادة ٦٥٥ مصروفات عقد المقايضة مناصـ ـفة علـــى المتقايضين . وهذا طبيعى لأن كل منهما يعتبر مشتريا لما قـــايض عليه . ويجوز الاتفاق على غير ذلك "[(٢)].

---

(١) السنهورى ص ٨٦٧ هامش (٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٢٣٩ .

مادة (٤٨٥)

تسرى على المقايضة أحكام بالبيع ، بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشئ الذى قايض به ، ومشتريا للشئ الذى قايض عليه .

الشرح

٤٠٢ ـ القواعد التى يخضع لها عقد المقايضة :

لم يورد المشرع فى الفصل الخاص بالمقايضة سوى أربع مواد ، خصص الأولى لتعريف عقد المقايضة (م٤٨٢) وخصص الثانية لبيان جواز تمام المقايضة بمعدل (م٤٧٣) ، وفى المادة الثالثة تكلم عن حكم مصروفات عقد المقايضة .

وواضح أن هذه المواد الثلاث لا تكفى لتنظيم جميع أحكام المقايضة ، ولذلك فقد أورد المشرع المادة الرابعة وهى رقم (٤٨٥) ، وهى تحيل على أحكام عقد البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة وتقضى بأن كل من المتقايضين يعتبر بائعا للشئ الذى قايض به ، ومشتريا للشئ الذى قايض عليه .

وبناء على هذا النص ، تخضع المقايضة بصفة عامة للقواعد الخاصة بعقد البيع ، سواء فى انعقادها أو فيما ترتبه من آثار وذلك ما لم تكن هذه القواعد تتعارض مع طبيعة المقايضة وكونها مبادلة حق غير نقدى بحق آخر غير نقدى .

٤٠٣- أمثلة لأحكام البيع التى تسرى على المقايضة :

من أحكام البيع التى تسرى على المقايضة ما يأتى :

١- أحكام بيع المريض مرض الموت :

إذا كان المتقايض مريضا مرض الموت وصدرت منه المقايضة أثناء هذا المرض ، سرت على المقايضة أحكام بيع المريض مرض الموت .

٢- أحكام بيع ملك الغير :

تسرى أحكام بيع ملك الغير الواردة فى عقد البيع على المقايضة [١].

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الأمر المقضى" . فإذا كانت المحكمة التى نظرت فى دعوى إثبات البدل فى أرض قد قالت فى أسباب حكمها إن ما أثاره أحد المتبادلين من نزاع فى ملكية المتبادل الآخر لما بادل به ليس محله دعوى إثبات التعاقد ، ثم قضت بإثبات البدل بناء على تسليم طرفيه بوقوعه ، فإن حكمها هذا لا يحول دون النظر فى ذلك النزاع نفسه بدعوى أخرى تقام بفسخ عقد البدل .

وكذلك تفريعا على هذا الأصل إذا كانت المحكمة فى دعوى الضمان الفرعية قد قالت فى أسباب حكمها إن الدعوى المذكورة ليست صالحة للنظر فيها وحكمت فى منطوقه برفضها بحالتها ، فإن حكمها هذا- وهو ليس إلا حكما مؤقتا – لا يمكن أن يحول دون النظر فيما أثير فى الدعوى من وجوه النزاع " .

(طعن رقم ٩١ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٨/٢/٢٦)

٣- التسليم :

يلتزم كل متقايض بتسليم الحق الذى قايض به إلى المتعاقد معه، ويلتزم الأخير بتسلم هذا الحق .

ويسرى على هذا الالتزام ما يسرى على تسليم وتسلم المبيع .

٤- نقل ملكية الحقوق المتقايض عليها :

يترتب على المقايضة أن ينتقل إلى كل مقـايض الحـق الـذى قايض عليه ، فإذا كان هذا الحق منقولا وتعين بذاته وقت العقـد ، فإنه ينتقل بمجرد إبرام المقايضة دون حاجة إلى أى إجراء ، أما إذا لم يعين البدل إلا بنوعه فلا ينتقل إلا إذا أفرز .

وإذا كان الحق المقايض عليه عقار ، فيجب تسجيل المقايضـة لينتقل هذا الحق إلى من قايض عليه .

وإذا امتنع المقايض على نقل الملكية كان للمتعاقد معـه رفـع دعوى بصحة ونفاذ عقد المقايضة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر على ما تقضى به المادة ٤٨٥ من القانون المـدنى أن أحكام البيع تسرى على المقايضة بالقدر الذى تسمح بـه طبيعتهـا فيعتبر كل من المتقايضين بائعا للشئ الذى قايض به ومشتريا للشئ

الذى قايض عليه وينبنى على ذلك أن يلتزم كل المتقايضـين بنقـل ملكية الشئ الذى قايض به إلى الطرف الآخر . فإن كان هذا الشئ عقارا وجب اتخاذ إجراءات التسجيل فإن امتنع أحد المتقايضين عن هذا الالتزام ، كان للمتعاقد الآخر رفع دعوى صحة ونفـاذ عقـد المقايضة للحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فـى نقل الملكية ولا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية وتسـجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين ، كما هو الحال فى دعـوى صحة ونفاذ عقد البيع ، ولا يحول دون الحكم بصحة ونفـاذ عقـد المقايضة أن يكون المتقايض قد باع العقار الآخر طالما لم يثبت أن المشترى منه قد سجل التصرف الصادر إليه الـذى يـؤدى إلـى استحالة تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار إلى المتقايض الآخر " .

(طعن رقم ١٧٠٢ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٥/١٨)

٥- ضمان عدم التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية :

تسرى أحكام ضمان عدم التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية المنصوص عليها فى عقد البيع ، على عقد المقايضة .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" تنص المادة ٤٨٥ من التقنين المدنى – على أنه "تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح بـه طبيعـة المقايضـة ،

ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشئ الذى قايض بـه ، ومشـتريا للشئ الذى قايض عليه . ومن المقرر أن التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وفقا للمـادة ٤٣٩ من التقنين المذكور التزام أبدى يتولد من عقد البيع ولـو لـم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشترى لأن من وجـب عليـه الضمان يحرم عليه التعرض . وعليه فلا يجوز للمتبادل على عقار منازعة المتبادل معه أو ورثته استنادا إلى أن عقد البدل لم يسـجل لأن عليه التزاما شخصيا بتمكينه من الانتفاع بهذا العقار وحيازتـه حيازة هادئة فينشأ عن عقد البدل بمجرد انعقاده " .

(طعن رقم ٦١٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٢/١٧)

٤٠٤ ـ عدم سريان بعض أحكام عقد البيع على المقايضة :

١- يترتب على أن المقايضة لا يوجد فيها ثمن ، أنه لا تسرى على المقايضة أحكام الثمن التى تسرى على عقد البيع ومن ذلك :

(أ) أنه لا يتصور أن يكون هناك عربون .

(ب) أنه لا يقع عادة فى المقايضة صورة تقابل البيع مع حـق التقرير بالشراء عن الغير .

(ج) يذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أنـه لايجـوز الطعـن بالغبن فى مقايضة عقار ناقص الأهلية ولو تمت بمعدل، ويبرر ذلك عادة بأن طبيعة المقايضة لا تسمح بتطبيق أحكام الطعن بـالغبن .

وبأن القانون قد راعى فى إجازة الطعن بالغبن فى البيع هو أن الدافع إلى البيع يكون عادة الحاجة إلى مبلغ نقدى فى حين أن هذه الحاجة لا تتوافر فى المقايضة إذ لا ثمن فيها ولا نقود تستهوى البائع[1] .

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٦٤٣ – محمد كامل مرسى ص ٦٥٦– أنور سلطان ص ٤٦٨ – وعكس ذلك محمد لبيب شنب ص ٣٠٣ ، فيرى أنه ليس فى طبيعة المقايضة ما يأبى تطبيق أحكام الغبن عليها ، وإذا كان يسهل فى البيع تقدير هذا الغبن لكون الثمن نقديا ، فإن وجود صعوبة فى تقدير الغبن فى المقايضة لا تحول دون تطبيق أحكامه عليها . أما القول بأن المشرع قد راعى فى البيع أن الدافع إليه يكون هو الحاجة إلى النقود ، فذلك ليس إلا تقريرا بأن الغالب أن يتوافر الغبن فى البيع ، ولكن ذلك لا يعنى أن المشرع لايعتد به إلا فى البيع .
وأيضا منصور مصطفى منصور ص ٣١٠ ويذهب إلى أن الرأى الوارد بالمتن محل نظر فليس صحيحا أن المشرع يجيز الطعن بالغبن عند بيع عقار غير كامل الأهلية على أساس أن الذى يؤدى إلى البيع بغبن هو الحاجة إلى نقود ، فالأساس هو الرغبة فى حماية غير كامل الأهلية ، كما يحمى المشرع أشخاصا آخرين من الغبن ولو لم يكن هناك مقابل نقدى مثل النص على جواز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس (م٨٤٥) كما أن طبيعة المقايضة لا تتعارض مع إعمال الحكم الخاص بالغبن فلا يمكن القول إنه لا يوجد ثمن لمعرفة ما إذا كان يساوى أربعة أخماس قيمة المبيع ، فيكفى أن تقدر قيمة بدل المقايضة فإذا كانت تقل عن قيمة

(د) عدم وجود امتياز لأى من المقايضين على الشئ الذى قايض به ضمانا لإعطاء المتقاقد الآخر الشئ المتقايض عليه . لأن حق الامتياز إنما قرره القانون لضمان وفاء الثمن ، والقاعدة أنه لا امتيــاز إلا بنص ، ولما كان الامتياز استثناء من القواعد العامة التى تقضــى بالمساواة بين الدائنين، فلا يجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه .

وليس امتياز الثمن من أحكام البيع الذى أحال عليهــا المشــرع بالنسبة للمقايضة ، ولكن إذا كانت المقايضة بمعــدل ، فــإن هــذا المعدل يأخذ حكم الثمن ، ويكون حــق المتقــايض فــى اســتيفائه مضمونا بما يضمن الوفاء بالثمن ، وبصفة خاصة يكون لــه حــق امتياز على الشئ الذى قايض به ضمانا لاستيفاء المعدل [١].

٢- لاتجوز الشفعة فى المقايضة لأنها مقصورة على البيع [٢].

٣- أن المصروفات فى عقد البيع على أحد طرفيه فقط وهــو المشترى . أما فى المقايضة فهى مناصفة على المتقايضــين كمــا ذكرنا سلفا .

عقار القاصر وقت المقايضة تحقق الغبن وتجب على المتقايض الآخــر أن يدفع معدلا يساوى الفرق بين قيمة ما قدمه وأربعة أخماس قيمة عقار القاصر .

(١) السنهورى ص ٨٦٦ - محمد لبيب شنب ص ٣٠٦ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٦٢ - محمد كامل مرسى ص ٦٥٦ .

٤- عدم سريان أحكام بيع الوفاء على المقايضة :

إذا اشترط فى عقد المقايضة أن يكون لأحد المتعاقدين الحق فى استرداد ما قايض به إذا هو رد ما قايض عليه فى مدة معينة ، فإن عقد المقايضة يقع صحيحا . إذ لا يتصور أن تستخدم المقايضة لشد قرض بربا فاحش أو رهن . وبالتالى تنتفى علة البطلان [1].

---

(٣) منصور مصطفى منصور ص ٣٠٩ - محمد لبيب شنب ٣٠٥- وقارن السنهورى ص ٨٦٥ حيث يقرر أنه لايقع عادة فى المقايضة صورة تقابل بيع الوفاء


محتويات الكتاب

تم بحمد الله


Bibliotheca Alexandrina
1129950